

論
説

外国人の人権——選挙権・公務就任権——をめぐる
司法消極主義と積極主義 (一)

中 谷 実

一 はじめに

二 消極主義のテクニク

《消極主義Ⅰ》

(一) 「不適法」テクニク

《消極主義Ⅱ》

(一) 「権利保障なし」テクニク

(二) 「権利保障なし・立法政策として権利付与

可能」テクニク

(以上、本号)

三 積極主義のテクニク (以下、次号)

《積極主義Ⅰ》

(一) 「違法の処分」テクニク

《積極主義Ⅱ》

四 おわりに

一 はじめに

日本国憲法一五条一項は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」とし、また、九三条二項は、「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する」とする。かつて、一五条一項にいう「国民」は、日本国籍を有するものであり、九三条二項にいう「住民」は、日本国籍を有する国民を当然前提とすると解されていた。実際、国政レベルの選挙権に關し、昭和二五年制定の公職選挙法九条一項は、「日本国民で年齢満二十年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する」とし（同一〇条一項は、被選挙権を有する者を日本国民とする）、地方レベルの選挙権に關しても、同二項は、「日本国民たる年齢二〇年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有する者は、その属する地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する」とする（同一〇条一項は、被選挙権も日本国民に限定する）。また、外国人の公務就任権を明確に制限する法律はごく僅かであり、一般の公務員になるために日本国籍を要するとする国籍条項をもつ法律はないものの、国家公務員の公務就任について、昭和二八年三月二五日の内閣法制局高辻第一部長回答が、「一般に我が国籍の保有が我が国の公務員の就任に必要とされる能力要件である旨の法の明文の規定が存在するわけではないが、公務員に關する当然の法理として、公権力の行使又は国家意思の形成への参画にたずさわる公務員となるためには日本国籍を必要とするものと解すべきであり、他方においてそれ以外の公務員となるためには日本国籍を必要としない」として以来、この考え方は、「公務員に關する当然の法理」として展開し、地方公務員に關しても準用されることとなった。⁽⁵⁾

外国人の人権に関するリーディングケースとされる最大判昭和五三年一〇月四日（マクリーン事件最高裁判決、民集三二巻七号一二二三頁）が、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としてしていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」とし、いわゆる権利性質説を明らかにした後も、参政権は、社会権とならんで外国人に馴染まない権利の典型として考えられていた。しかるに、入国、在留期間更新、再入国、出国、指紋押捺、社会保障受給等に関する訴訟に引き続き、平成に入ってから、外国人の参政権をめぐる訴訟が提起され、平成一二年一月現在、外国人の地方選挙権付与をめぐる、国会においても大きな議論となっている。

本稿は、前稿に引き続き、外国人に選挙権を付与しないことの合憲性⁽⁷⁾⁽⁸⁾、公務就任権制限の合憲性が争われた事件を網羅的に取り上げ⁽¹¹⁾、最高裁の法廷（多数）意見、補足意見、反対（少数）意見、さらに、下級審に見られる様々な憲法判断のテクニクを、筆者の消極主義、積極主義の枠組みをもつて整理・分析し、さらに、各テクニクを支持していると思われる「外国人の人権観」や「司法哲学」⁽¹³⁾を抽出するとともに、学説の対応も検討しようとするものである。

外国人の参政権・公務就任権に関する訴訟の大半が、定住外国人、特に、在日韓国・朝鮮人によって提起されているように、この問題は、日本国憲法制定前からの歴史的経緯を内在させていると同時に、二一世紀に向けての日本の「国家」としてのスタンスにかかわる優れて現代的な課題であるように思われる。また、本稿は、前稿とともに、「外国人の人権」に関する憲法判例を網羅的・体系的に分析することによって、「外国人の人権」に関する妥当な憲法解釈の基礎作業を行おうとするとともに、付随的審査制をとるわが国の憲法裁判全般のあり方を考えようとする筆者の『我が国における司法消極主義と積極主義』シリーズの一環をなすものである。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

注

- (1) さらに、地方自治法二一条は、「日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の選挙に参与する権利を有する」とし、同一八条は、「日本国民たる年齢満二十年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有するものは、別に法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する」とする。また、公職選挙法二一条一項は、選挙人名簿に登録される者を日本国民とする。
- (2) 国または公共団体の職または地位に就く権利としての公務就任権は職業選択の自由の観点からも捉えられるが、本稿では、広義の参政権として位置づける。
- (3) 内閣総理大臣及び国務大臣の過半数も憲法六七条、六八条を通じて、日本国民に限られる。外務公務員法七条は、対外主権を代表するという趣旨から外務公務員について、「国籍を有しないもの若しくは外国籍を有するもの又はこれを配偶者とする者は外務公務員となることはできない」とする。
- (4) 高辻第一部長回答に先立つ昭和二三年八月一七日の法務庁法務調査意見長官回答は、「明文は存しないが」、「官吏たるには原則として日本国籍を必要とすることを当然とする」、「それらの者は国家に対し単に経済的労務を給付するものではなく、国家から、その公権力の行使を委ねられるものであるから、国家が充分にこれを信頼し得るものであり、また、これらの者は国家に対し忠誠を誓い一身を捧げて無定量の義務に服し得るものであることを要すること、および一国が他国人を単にその者との間の行為によつて自国の官吏に任命することは、右の忠誠義務とその堅実なる遂行に関し、その者の属する国家の対人主権をおかすおそれがあること、その他その国の民情風俗に通暁することを必要とすること等に在る」としている。昭和四二年の人事院規則八一八「採用試験」八条は、国家公務員の採用試験の受験資格に国籍要件を定める。他方、昭和三〇年三月一八日人事院事務総長回答は、当該事務が学術的もしくは技術的事務を処理するもの、機械的労務を提供するもの、性質上私企業における事務と変わりないものについては日本国籍を不要とし、昭和三五年一月一九日、人事院任用局長、人企一三四も、国家公務員の場合には、上司の指揮監督の下にたんなる定型的な職務に従事する看護婦の職には外国人を任用することは差し支えないとしている。かつて外国人の大学教員への任用は、その職務が公権力の行使であるから認められないとされてきたが、昭和五七年施行の「国公立の大学における外国人数員の任用等に関する特別措置法」は、大学における教育研究の進展及び学術の国際交流の推進のための特別措置として従来から認められている助手に加えて、教授、助教授、講師に外国人を任用できるとした。
- (5) 昭和四八年五月二八日自治省公務員第一課長回答「日本の国籍を有しない者の職員への任用について」は、「地方公務員法

上、日本の国籍を有しない者を地方公務員として任用することについては直接の法律上の規定は存在しないが、公務員の当然の法理に照らして、地方公務員の職のうち公権力の行使又は地方公共団体の意思の形成への参画にたずさわるものについては、日本の国籍を有しない者を任用することはできない、「公権力の行使又は地方公共団体の意思の形成への参画にたずさわる職につくことが将来予想される職(一般事務職員、一般技術職員等)の採用試験において、日本の国籍を有しない者にも一般的に受験資格を認めることは適當でない」とした。かくして、多くの地方公共団体は、地方公務員の採用試験の受験資格に関し、人事委員会規則や試験要綱等において国籍要件を課すことになった。その後、昭和五四年四月一三日、当時の大平首相は、前記自治省公務員第一課長回答を承認したが、「公権力の行使又は公の意思の形成への参画に携わる地方公務員であるかどうかについては、一律にその範囲を画定することは困難である。いわゆる管理職であるかどうかを問わず、地方公務員の任用にかかる職の職務内容を検討して、当該地方公共団体において具体的に判断されるべきもの」と地方自治体の裁量を示唆したため(その後の昭和五七年四月二二日衆議院「在日韓国人に対する行政差別に関する質問」に対する答弁書も、「公権力の行使又は地方公共団体の意思の形成への参画にたずさわる職につくことが将来予想される職(一般事務職員、一般技術職員等)の採用試験において、日本の国籍を有しない者にも一般的に受験資格を認めることは適當でない」、「公権力の行使又は地方公共団体の意思の形成への参画に携わる地方公務員であるかどうか及びこのような地方公務員以外の地方公務員に日本国籍を有しない者を任用するかどうかについては、それぞれの地方公共団体の実情に応じ、当該地方公共団体において判断されるべきものと考える」とする)、定住外国人等による国籍条項撤廃運動を加速させることになった。昭和五八年四月一五日の「外国人の公立小・中・高等学校教員任用に関する質問主意書」に対する内閣の答弁書は、公立の小中高等学校の教員について、「校長の行う校務の運営に参画することにより公の意思の形成の参画に携わることを職務として」と認められる」とし、これを受けて、都道府県教育委員会の教員採用選考基準に「国籍条項」を定めたものが多かったが、平成三年、文部省通知は日本人と同じ受験資格を認め、国籍要件は全廃されるに至った。昭和六一年六月二四日の自治省通知は、看護婦、保健婦、助産婦の看護三職の業務は、「専門的、技術的な業務であり、公権力の行使、公の意思の形成への参画には該当するものではない」、看護三職に「国籍要件を付する必要はない」とし、これを受けて東京都は昭和六一年、保健婦の採用要件から国籍条項をはずした。注(4)、(5)に関し、岡崎勝彦「外国人の公務就任権」ジュリー一〇一号三五頁(一九九六)、中西又三「公務員と国籍」法教一九二号三九頁(一九九六)、田中宏「外国人の教育公務員資格、その問題と背景」法時五七巻五号三七頁(一九八五)等参照。最近の展開については、終章で扱う。

(6) 「外国人の人権——在留期間更新、再入国、出国、私生活の自由——をめぐる司法消極主義と積極主義(一)」南山法学二四卷二

号二頁(二〇〇〇)。以下、拙稿(一)と略す。同(二)完は、同二四卷三号一頁(二〇〇〇)。

(7) 選挙権・被選挙権が与えられていないことの合憲性を争う者は、大要次のような主張をする(もちろん、各当事者が以下のすべての主張をしているわけではない)。(5)(9)(10)(12)は地方選挙権に関する訴訟に固有の主張である。(1) 憲法二五条一項違反——民主主義原理の実質は、人民による自己統治を意味し、政治的決定に従うものは当然その決定に参加できなければならないという民主主義の原理と結びつく。かくして、憲法の民主主義原理や一五条一項における「国民」とは、日本国籍保持者に限らず、その政治社会における決定に従わざるを得ない社会の構成員たるすべての市民を意味する。また、地球上にいる人は、どこか一箇所で、自分の属する地域の政治に参加すべきであるとの原則が導き出される。「どこか一箇所」とは、参政権の性質上、その人が定住している地域でなければならないのであるから、憲法一五条等の「国民」には、当然に日本国内における定住者が含まれる。(2) 選挙権及び被選挙権は、憲法三〇条に由来する納税者基本権を具体化するための不可欠の基本的人権である——「代表なきところに課税なし」の理念は、近代立憲民主主義の基本原則である。納税の義務負担者は、日本国籍を有する者のみならず、日本に居住するすべての者である。納税義務者には、自己が支払った租税の使途を監視し、違憲・違法の租税支出が国や地方公共団体によつてなされた場合には、これを積極的には正する権利が保障されなければならない。納税者基本権を具体的に実現する不可欠の手段としても選挙権、被選挙権が保障されなければならない。(3) 憲法一三条違反——幸福追求権に基礎づけられる選挙権は、個人の尊厳の原理と結びつき、個人の人格的生存に必要不可欠の権利であり、自己決定と自己実現のための不可欠な基本的人権であつて、自己が居住する国や地方自治体の政治的決定に従わざるを得ない社会構成員である個人に対し、すべての人間に対して法の下での平等を保障し、差別することを禁止する日本国憲法一四条に違反する。(4) 憲法九三条二項違反——地方政治レベルの参政権は、限定された地域共同体において、共同生活上の利害関係について共同決定するという趣旨から、憲法九三条二項所定の「住民」は、当該地域の住民に、すなわち、定住者に限らず「居住者」に与えられるべきであり、このことは、憲法九二条の地方自治の本旨に合致する。(5) 憲法一条違反——憲法前文に掲げられた「人類普遍の原理」等の国際主義や憲法一条に反する。(7) 国際人権規約B規約二五条一項違反——同項は、「すべての市民は、第二条に規定するいかなる差別もなく、かつ、不合理な制限なしに、次のことを行う権利及び機会を有する。(a) 直接に、又は自由に選んだ代表者を通じて、政治に参加すること。(b) 普通かつ平等の選挙権に基づき秘密投票により行われ、選挙人の意思の自由な表明を保障する真正な定期的選挙において、投票し及び選挙されること」と規定する。同項にいう「すべての市民」とは、「国籍を有する国民」よりも広い社会の構成員を指す。(8) 国際人権規約B規約二六条違反——内外人平等を定める同条の法の前の平等の趣旨及びその自動執

行性から見ても参政権は当然に保障される。⑨ 国際人権規約B規約二七条違反——原告らは、一九九三年国連・規約人権委員会が認めたように、日本社会のマイノリティーである。マイノリティーが、自らの民族的・文化的アイデンティティを確立し、発展させることは、少数民族の権利を保障したB規約二七条で保障され、日本政府の国際的義務でもあつて、マイノリティーの人権を確立し、発展させるためにも、選挙権及び被選挙権が不可欠の権利として必要であり、また保障されなければならない。⑩ 公職選挙法九条二項、地方自治法一一條、一八條にいう「日本国民」は定住外国人を含む——これらの法条にいう「日本国民」を日本国籍を有する者と限定的に解したのでは、憲法一四條、一五條、九二條、九三條等に反する。⑪ 地方自治法一〇條一項、二項にいう「住所を有する者」は定住外国人を含む——地方自治法一〇條一項は、「市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びこれを包括する都道府県の住民とする」とし、同条二項は、住民の権利義務として「役務の提供をひとしく受ける権利を有し、その負担を分担する義務を負う」とする。原告らは同条一項にいう住民であり、納税の義務をはじめ「その負担を分担する義務」を果たしているゆえ、「役務の提供をひとしく受ける権利」が保障されなければならない。普通地方公共団体の選挙権は、右役務の提供が如何になされるべきかを判断するための必要不可欠の前提的権利であつて、これを保障しないことは、同法一〇條一項、二項に違反する違法な行政行為となる。⑫ 外国の状況——少なくとも地方自治体においては、外国人の選挙権を認めることは世界的趨勢であり、国籍条項が憲法等に違反し違憲、違法であるとする主張は合理的で正当である。⑬ 実質的には帰化と同じ——原告は永住権を有する外国人であり、永住意思をもつて長年にわたつて日本に在留している結果、恒久的な生活の本拠が日本に築かれており、実質的には帰化した人と同様である（これは、原告が英国人の場合の主張——中谷注）。⑭ 歴史的経緯——在日韓国・朝鮮人の大半は、戦前戦中に日本の植民地支配のもとにおいて、強制連行され、または生活のため止むを得ず渡航し、日本国内に定住するようになった者及びその子孫であり、社会の住民として定住し、労働と納税を通じて当該社会の維持・発展に寄与している。

他方、受けて立つ国、選挙管理委員会側は次のように反論する（②は、地方選挙権に固有の主張）。① 憲法一五條一項にいう「国民」は日本国籍保持者である——同項の公務員の選定罷免権は、国家の存在を前提として初めて成立する権利であり、国家の機関受託者としての法的地位を有する者のみに与えられる。同項は、権力の主体として、国民と明記しており、さらに、選挙権が憲法前文及び憲法一条の国民主権の原理から導かれるものである以上、日本国民のみに与えられる。日本国民の要件については、憲法一〇條の規定により国籍法で定まつており、日本国籍を有しない者を日本国民と解する余地はない。② 憲法九三條二項にいう「住民」は、憲法一五條にいう「国民」を前提とする——地方公共団体は国民主権の枠組みの中で地域社会の公共事務を自ら処理する機構として存在しており、憲法九三條二項にいう「住民」は、憲法一五條にいう「国民」を当然の前提とし、

日本国籍を有する者に限られる。地方の政治・行政と国の政治・行政は、相互に密接に関連し、それぞれ責任を分担して政治・行政を行う仕組みとなっており、地方における政治的意思決定は、国における政治的意思決定と不可分の関係にあり、また、わが国では、地方公共団体の多くが国の事務を処理しているのであって、国と地方で、選挙権について別異の取扱いをすることはできない。③ 合理的理由がある——憲法一四条一項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものであれば、別異の取扱いをすることも許容しており、憲法は地方参政権を日本国民に限り保障し、外国人に対しては、保障していないのであるから、日本国民とわが国に在留する外国人との間で地方参政権の有無に差異が生じても、それは憲法自体が当然許容しているものであって、何ら憲法一四条一項に反しない。④ 世界の趨勢ではない——外国人に、地方公共団体に関する選挙について、選挙権を与える国が現れてきていることは事実であるが、それが世界の趨勢であるということは到底できない。

(8) 外国人の選挙権に関し、国政・地方とも外国人の参政権を否定する「全面禁止説」、国政は禁止されるが地方は許容されるとする「国政禁止・地方許容説」、国政・地方とも許容されるとする「全面許容説」、国政・地方とも、選挙権の付与は要請されているとする「全面要請説」がある。かつての通説である「全面禁止説」として、「公務員の選定・罷免権に至っては、国民主権の原理の帰結であり、そうした参政権の保障がもたら日本国民に対してなされるべきことは、ことの性質上、きわめて当然」(宮沢俊義『憲法Ⅱ』二二六頁(一九五九))、「参政権は、その国の政治に参加する権利であり、とくに選挙権と被選挙権とは国家意思の形成に参与する国民固有のものと考えてよい。その意味で主権者である国民の人権といつてよい」(伊藤正己『憲法』一九五頁(一九八二))、憲法一五条一項の規定は、「国家は、対人高権によつて画される政治的共同体であつて、その政治的意思決定は、対人高権の指標である国籍の保有者によつて下されるべきことを明らかにしている」、「地方自治をもつて住民の行政需要に応ずるためのものでなく、あくまで地方の『政治(統治)』を決定する統治制度であると捉えながら、地方自治であつても、それはあくまで国家における統治であつて、その政治的統一性は国民のなかの一定の意思によつてなされなければならない」、「九三条二項にいう『住民』とは国民のなかの部分意思を意味し」、「憲法は、外国人の選挙権を否認している」、「現行の地方自治法上の規定は合憲であり、外国人に選挙権を承認する法改正は禁止される」(阪本昌成『憲法理論Ⅰ(第三版)』一四七、一四〇頁(一九九九))等がある。その他、佐藤功『憲法(Ⅱ)(新版)』二二九頁(一九八三)参照。「国政禁止・地方許容説」として、「選挙権・被選挙権などの参政権は、国政レベルに関するかぎり、一、二の特殊な例外を除き、いずれの国においても外国人には認められていない。国際人権規約(自由権規約)も政治的権利の主体だけは、『市民』(citizen)すなわち、わが国で言う『国民』であると定める(二五条)。国民主権(ないし民主化された立憲君主制)の憲法の下では、選挙ないし『自国の公務に携わる』政治的権利の主体が、その性質上、当該国家の『国民』に限定されるのはきわめて当然」、「それを認めること

は国民主権の原理」に反する(芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』一三二頁以下(一九九四)、以下、本書を芦部(a)と略す)。「地方自治体、とくに市町村という住民の生活に最も密着した地方自治体レベルにおける選挙権は、永住資格を有する定住外国人に認めることもできる」(芦部信喜『憲法(新版)』九〇頁(一九九七)、もつとも、「その立場が正当だとしても、被選挙権は、地方公共団体の長および議員のように国家意思の形成に参与する公務に携わることを認めることになるので、選挙権と同じに考えることはできないという問題は残る」とする(芦部・前出(a)一三三頁)。「選挙権・被選挙権など固有の参政権については、国民主権原理に基づいて、これは日本国民に限られる。ただし、選挙権、被選挙権についても、地方公共団体の選挙については立法政策にゆだねられている」(中村睦男『論点憲法教室』六九頁以下(一九九〇))、公職選挙法が、選挙権、被選挙権を日本国民に限定している「ことは、国民主権の観点から帰結される」が、「このことは、地方自治体のレヴェル、とりわけ元来住民の日常生活に密着する市町村のレヴェルにあつて、団体ないしその機関の行使する権能の種類や性質如何によつては、法律により定住外国人に選挙権を認めることまでを排除するものではない」(佐藤幸治『憲法(第三版)』四二〇頁(一九九五))、「日本国憲法は、外国人の選挙権について、国会議員選挙ではこれを禁止し、地方議会議員選挙ではこれを許容する」、国会議員選挙については、「国民主権原理の観点から、これを許容する余地はない」、地方議会議員選挙については、「法律と条例が矛盾する場合には法律が妥当するものとされており(九四条)、国民の意思から派生する支配の正当性の連鎖が、外国人の自治体選挙参加によつて切断されるおそれがないこと」、「『地方自治の本旨』の要請、等に留意した場合、許容説をもつて妥当とすべき」(長尾一紘『日本国憲法(第三版)』一六三頁以下(一九九七))、「近代国民国家の枠組みを前提とする限り、国政についての選挙権・被選挙権を外国人にみとめることは、国民主権原理と両立し難いとしても、地域構成員としての性格に着目して、地方自治体の選挙につきそれらをもとめることは、一般的にいって、違憲の問題を生じない」(樋口陽一『憲法』一七七頁(一九九二))、「国民主権原理からみて、国民が国政に対して直接ないし間接に参加する権利である参政権を日本国民に限ることは、権利の性質上認められる合理的な制限である」、「参政権についても、地方公共団体レベルでの選挙権や住民の直接請求権については、地域共同体の一員として外国人にも参政権を認めることは立法政策に委ねられている」(野中俊彦他『憲法Ⅰ』二二一頁以下(一九九二))等がある。「全面許容説」として、国民主権の原則の「成立のいきさつから言つても、また実際のはたらきから言つても、この原則にとつては、国籍のあるなしは決して重要でない。当該国家社会を構成し当該国家権力に属するふつ、うのひとが」「国家意思の最高決定者であるという点にこそポイントがある」、「国政・地方いづれを問わず、よく練り上げた立法であれば、参政権を与えるのに憲法上の困難はない」、「しかしながら、それが立法的に可能であると考ええるものの、積極論者と違つて、そういうことが——立法を媒介するまでもなく——憲法が命じているという見解をとらない」(奥平康弘『憲法Ⅲ』五五、六一頁(一

九九三)がある。「全面要請説」もしくは、これに近い説として、「永住権をもっており、しかも、国籍国での選挙への参加が期待できない在日の旧植民地出身者の選挙権・被選挙権の剝奪は違憲と考えられる」、「それ以外の長期滞在者については、その滞在が、生活の本拠を日本に移したという程度に達した場合には中央・地方の選挙権が、そこまでのいたらなくとも一定地域での居住が相当の期間に達したときには地方選挙権が、認められるべきである。ただし、この場合、彼らの選挙権を認めないことが、ただちに現在の制度を違憲無効とするものではない」(江橋崇「外国人の参政権」『芦部古稀祝賀・現代立憲主義の展開』(上)一九九頁(一九九三))、「日本国民とまったく同じように生活している外国人は、日本国民とまったく同じように、日本の政治のあり方に関心を持っているであろうし、また、持つことが当然である。日本国憲法における『国民主権』の原理は、こういう外国人の参政権を否定するものとして理解しなければならぬというものではあるまい。たしかに、『国民主権』という観念は、歴史的には、さまざまな内実を与えられてきたから、そこに言う『国民』を国籍保持者に限するという理解が、『国民主権』の理解としてまったく誤りであるとは言えない。しかし、少なくとも民主主義の観念と結びついた『国民主権』の原理の根底にあるのは、一国の政治のあり方はそれに関心を持たざるをえないすべての人の意思に基づいて決定されるべきだとする考え方である」、「そうだとすれば、日本国民とまったく同じように、日本の政治のあり方に関心を持たざるをえない外国人に参政権を保障するとしても、『国民主権』の原理に当然のように反するということにはならない」、「要するに、人権の問題を考える際に重要なのは、その人の国籍ではなく、生活の実態である」(浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』七〇頁(一九八八))、「『国民主権』原理の再構成により、一定の資格を満たす(たとえば五年以上の居住要件、ただし納税要件はとらない)外国人に、あらゆる段階の選挙権・被選挙権が認められる」、「『外国籍の国会議員など考えられないとするのは、『国籍』の機能を国家への忠誠義務といった旧い観念から見ているためである。『国民代表』としての国会議員は、拡大された『国民』の信託により国権を行使するのだから、その者の『国籍』は問題とならない。『国民』の信任をうけているかどうか問題なのである。好むと好まざるとにかかわらず、外国人の『定住化』は、新規入国した『外国人労働者』を含めて進んでいる。新・旧の在日外国人を仲間として迎え、ともに社会を築いていく『多民族社会』をより良いものにするためにも、『外国人の参政権』は重要」(萩原重夫「『外国人の選挙権論』の課題」(法セミ四八七号一九頁(一九九五))、「『国民と住民の概念はいずれもそのなかに政治的意思決定能力のない未成年者等を含む観念的な集合的概念であり、政治的意思決定能力をもった選挙権者と一致してはいない』、とすれば、選挙権者の範囲に定住外国人を含めるか否かの議論の際には、欧州連合条約における『欧州市民』権論(欧州連合条約の締約国の国民は『欧州市民』として居住する他国の地方参政権を行使しうる)や『フランスの『人民(プーブル)主権』論に基づく一七九三年憲法(主権主体である人民を構成する市民が選挙権者となる)のように、選挙権者に該当する具体的な『市民』の概念を介在さ

せることも理論上は有効である。このような『新しい市民権』概念の確立による選挙権者の拡大をはかることが望ましい」、「日本では、ドイツの議論等に依拠して定住外国人という概念が多用されているが、この概念の用法は一定せず、法制上の用法とも異なる」、「このまぎらわしい用法を棄て、現行法上の区分によつて「永住者」（ないし永住外国人）の概念を重視すべきと考えらる。そのような前提にたつと、永住者（一般永住者および特別永住者）を「永住市民」として、国民に準じて国政参政権も地方参政権も持つことを理論的な帰結とする見解が成立しうることとする「永住市民権説」（辻村みよ子『憲法』一六八頁（二〇〇〇）、「現在の国際社会と、外国人の実態に着目すれば、早急に、少なくとも、地方参政権を承認する措置を講じることが政府の政治的義務にまで達している」、「この立場からは、現段階では、公選挙法、自治法をただちに違憲とは判断しないが、できるだけ早く外国人参政権」「を保障すべき」とする「政治的義務説」（萩野芳夫・判評四四一号（判時一五四〇号）一六二頁（一九九五）等がある。「全面禁止説」等の用語は、近藤敦「国籍条項と選挙権・被選挙権」ジュリー一〇一―二四頁（一九九六）参照。

（９）公務就任権制限（本稿で扱うのは、管理職選考試験の受験資格）の合憲性を争う者は、次のように主張する。①現行国家公務員法や地方公務員法には、ごく一部を除いて、日本国籍のないことを欠格条項と定めた規定はないのに、現在行われている外国人の公務員就任に関する基準は、法律によるものではなく行政機関相互に交わされた行政実例、法制意見等によつて形成されたものである。その制限が行政当局の一方的意思によりなされてきた点で、法律による行政という憲法の基本に抵触する。②憲法二二条一項の規定する職業選択の自由は、権利の性質上外国人にも保障され、制限される場合でも、制限は、法律に基づかなければならない。③日本国籍がないとの形式的理由で、ある分野の職業に就けなるとされることは、日本の地にあつて韓国・朝鮮人として生まれたというだけのこと、すべての人間にとつて平等であるべき基本的権利がその分だけ否定されたに等しい。これは出生を理由に人がもつて生まれた能力を発展させる可能性を奪うに等しく、職業選択の自由が否定されるばかりか、憲法一三条が保障する人間としての幸福追求の権利が否定される。④生活実態が日本国民と変わりないにもかかわらず、生まれながらの国籍の違いを理由に日本国民と差別待遇を受ける点で、憲法一四条が規定する法の下の平等に違反する。⑤管理職選考の受験拒否は、労働基準法三条が禁止し犯罪として構成している国籍を理由とする差別的取扱に該当する。⑥日本生まれの在日韓国人にとつては、少なくとも日本国籍を有しない在日という地位が同条の「社会的」身分に含まれると解すべきである。したがつて、被告が国籍を理由に管理職選考の受験を拒否することは地方公務員法一三条に違反する。⑦地方公務員法一五条は、「職員の任用は、この法律の定めるところにより、受験成績、勤務成績その他の能力の実証に基づいて行われなければならない」と規定し、任用行為の一つである昇任の基準に「能力の実証」とは無縁の国籍を持ち出すのはこの任用の根本基準に

明らかに反し、同条に違反する。⑧ 地方公務員法一九条一項は、憲法一四条、地方公務員法一三条を具体化したものであり、外国人にも適用されると解すべきである。管理職選考実施要綱（平成六年度）は、国籍について全く触れておらず、受験資格の公開を規定した地方公務員法一九条一項に違反する。

受けて立つ被告側（東京都）は次のように反論する。① 公務員となる権利は、憲法上、参政権に含まれるとされ、公務員の選定罷免権（憲法一五条一項）を根拠に国民に対して保障されるが、参政権は、自国の主権の保持及び国家的利益の見地から、主権の保持者である国民に本来的に帰属し、この参政権に含まれる公務就任権は、日本国籍を有しない者すなわち外国人には認められない。② 地方公務員は、多くの国の機関委任事務を行っているから、外国人の公務就任権の保障に関して、国家公務員と地方公務員を区別する合理的な理由はない。③ そもそも外国人の公務就任権は憲法上保障されておらず、職業選択の自由の保障も公務就任権には及ばないゆえ、法律による行政の原則に違反しない。④ 憲法一三条の幸福追求の権利は、外国人の公務就任権を含まず、憲法上公務就任権は保障されていないのであるから、法の下の平等を規定した憲法一四条に違反しない。⑤ 東京都の管理職の職務は、すべて「公の意思の形成への参画」にかかわる業務であり、かつ、その中に「公権力の行使」に該当する職務も含まれている。管理職選考を経て任用される東京都の管理職は、すべて「公の意思形成への参画」に携わり、しかも職種による任用管理を行っていないため、公権力の行使にかかわる蓋然性の高い職務に従事する場合が多い。原告の場合でいえば、仮に原告が管理職選考に合格した場合、保健婦としての管理的職務に従事するのではなく、職種にとらわれない管理的職務に従事するのであるから、公権力の行使や公の意思の形成への参画に携わることになる。⑥ 地方公務員法一三条は、「すべて国民は」と表現しており、同条という国民の中には外国人は含まれない。⑦ 地方公務員法一九条一項の定める公務への就任する機会付与の公平・公開の原則の適用を受ける対象者は、すべての国民であり、この原則は、国民の法の下の平等を定めた憲法一四条及び地方公務員法一三条を受けたものであって、日本国籍を有しない者は同条の適用を受けない。⑧ 地方公務員法一九条一項にいう競争試験とは、特定の職に就けるために、不特定、多数のうちから競争によって選抜する方法であるが、東京都人事委員会が実施する管理職選考は、同条にいう競争試験ではなく、特定の個人が特定の職に就く適格性を有しているかどうかを確認する選考試験である。

(10) 外国人の公務就任権について、「消極説」、「中間説」、「積極説」がある。従来の通説である「消極説」は、「参政権を広く考え、
て『公務に就く権利』をとりあげてみても、外国人を全面的に排除することの合理性は別として、憲法上の権利として外国人に
及ぶと解する必要はない」、「世界人権宣言二一条二項も、国際人権規約二五条(c)も、『自国において公務に就く権利』を保障し
ているにとどまっている」（伊藤・前出注(8)一九五頁）とする。「中間説」は、公務就任権を「広義の参政権の権利と捉えて

も、権利の性質上、非管理的・機械的な公務を含めてすべての公務に携わる権利（ないし資格）が外国人には認められない、という結論が当然に出てくるわけではない。「一般の公務について、ある種の限られた職に従事する権利（ないし資格）を一定の類型の外国人に認めても、参政権の権利の性格と矛盾することにはならないであろう」という（芹部・前出注（8）（a）一三三頁以下）、同書は、さらに、「公権力の行使」という包括的な基準ではなく、同じ公権力を行使する職務であっても、田中二郎の言うように、外国人任用は不可である「公権力の発動として人民に対する命令強制を内容とするような職務」か、外国人任用も可である「調査的・諮問的・教育的な職務」かなど、より限定的・具体的な基準にしたがって、少なくとも定住外国人（とくに特別永住者）には、後者の職務について広く公務就任への道を拓くことを考慮する必要がある」という。「積極説」は、「当然の法理」に基づく「公権力行使」「国家意思形成への参画」からの外国人一律除外について次のように批判する。「第一に、『当然の法理』という以上の根拠が示されないため、根拠、目的の観点から基準の具体的解釈を導くことは困難であり、恣意的な解釈をチェックできない。第二に、外国人が類型化されていないため、一般外国人には許されても、定住外国人には許されない制限、あるいは両者共に認められる制限といった緻密な議論が不可能である。第三に、外国人を一律に除外することは人権制限における目的と手段の均衡性の要請に反する。人権侵害度の少ない方法——たとえば、外国人の割合を公務員中の一定の比率に限る——で公務員における外国からの影響力の排除という目的が達成できる場合に、人権侵害度の大きい制約方法——公務員職からの外国人の全面的排除——をとることは許されないからである」という。そして、「今日の一般的規範意識、現憲法の予定する公務員観により、適合的な制約規程は、民主主権原理から直接派生する職務、三権分立の国家機構における国家意思形成に直接参与する職務、国際社会における独立国としての存立を対外的に担当する外交・防衛の担い手、および、法の強制的・権力的作用を直接左右する裁量の権限の担い手であり、これらについては、定住外国人をも含めて、外国人を除外することも、憲法上許される」、「国会議員、国務大臣、裁判官、外交官、自衛官、検察官などから外国人を除外することは認められうる」、「右以外の公務、すなわち、一般事務職、一般技術職、教員などについては、定住外国人との関係では、彼らの任用を制限することが職務の機能・目的上とくに必要であることを制限を主張する側で積極的に立証できない限り、制限は認められない。また、右の必要性からとくに制限が認められる場合であっても、右の公務が国家の中枢活動に対して有する間接的関与性からして、その制限は原則として一律除外であつてはならない」という。大沼保昭『外国人の人権』論再構成の試み『法学協会百周年記念論文集 第二巻』四〇五〜四〇六頁（一九八三）。

(11) 拙稿(一)（前出注（6））一注（4）参照。判例の冒頭に示した略号については、全体図解参照。

(12) 拙稿(一)（前出注（6））一注（5）参照。

(13) 拙稿(一)(前出注(6)) 一注(6)参照。

(14) 拙稿(一)(前出注(6)) 一注(7)参照。

(15) 明治四三年の日韓併合以来、内地にいる外地人たる朝鮮人は、日本国籍を有する帝国臣民となった。そして、「一九二五年の男子普通選挙法の実施以降、四五年の日本敗戦まで、日本国内に住む朝鮮人には参政権が認められていた。もちろん国政と地方、投票権と被投票権の区別もなかった。実際、衆議院に延べ六名が立候補して二名が当選、「各級地方選は延べ一一六名が立候補して三八名が当選している」(李英和『在日韓国・朝鮮人と参政権』二〇頁(一九九三))。日本に移住する者が次第に増加し、日本国内の労働力補給のために戦時体制下の動員等による者も含めて、終戦時の在日韓国人・朝鮮人は、約二〇〇万人といわれている。敗戦に伴い、大多数が帰国したが、約五〇万人が日本に定住することとなった。昭和二〇年二月に改正された衆議院議員選挙法附則は、「戸籍法ノ適用ヲ受ケザル者ノ選挙権及被選挙権ハ当分ノ内之ヲ停止ス」とし、日本国籍を有していた旧植民地出身者の参政権を一時的に停止した(松田利彦『戦前期の在日朝鮮人と参政権』一二五頁(一九九五))。昭和二七年四月二八日、平和条約の発効により、わが国は朝鮮の独立を承認し、旧植民地出身者に対する主権を放棄した。それに伴い、旧植民地出身者の選挙権、被選挙権は、昭和二七年四月一九日の法務省民事局長通達「平和条約の発効に伴う朝鮮人、台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について」によつて、一時的に喪失させられた。大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』一五一頁(一九九三)参照。

(16) わが国の付随的審査制の未来に期待がもてないことから、近年、抽象的審査制の導入が説かれることがある。たとえば、伊藤正己『裁判官と学者の間』一三三頁以下(一九九三)。しかし、そのような主張の前に、付随的審査制の日本の展開をきつちりと清算し、付随的審査制の可能性を探ってみることも肝要ではなからうか。

(17) 前出注(6)で記した拙稿の他、①「わが国における議員定数配分をめぐる司法消極主義と積極主義」滋賀大学教育学部紀要四〇号(人文科学・社会科学・教育科学)二六二頁(一九九〇)、②「ビラ貼り・ビラ配りをめぐる司法消極主義と積極主義(一)」阪大法学四三巻二・三号八六五頁(一九九三)、③「ビラ貼り・ビラ配りをめぐる司法消極主義と積極主義(二)」滋賀大学教育学部紀要四三号(人文科学・社会科学・教育科学)二二〇頁(一九九三)、④「戸別訪問をめぐる司法消極主義と積極主義(一)」龍谷法学二七巻四号四二頁(一九九四)、⑤「戸別訪問をめぐる司法消極主義と積極主義(二)」滋賀大学教育学部紀要四三号(人文科学・社会科学・教育科学)二六二頁(一九九四)、⑥「職業選択の自由——サービスマン——をめぐる司法消極主義と積極主義(一)」龍谷法学二八巻四号五四頁(一九九六)、⑦「職業選択の自由——サービスマン——をめぐる司法消極主義と積極主義(二)」龍谷法学二九巻一号一二四頁(一九九六)、⑧「職業選択の自由——流通業——をめぐる司法消極主義と積極主義(一)」『覚道古

稀・現代違憲審査論』三六三頁(一九九六)。^⑨「情報公開——意思形成過程情報、行政執行情報——をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)」『榎原古稀・現代国家の制度と人権』二六〇頁(一九九七)、^⑩「情報公開——意思形成過程情報、行政執行情報——をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)」滋賀大学教育学部紀要(人文科学・社会科学) 四七号一五〇頁(一九九八) 参照。

二 消極主義のテクニク

《消極主義Ⅰ》

(一) 「不適法」テクニク

A テクニクの概要

これは、本案判断に入らずに、訴えを訴訟要件を欠き、不適法だとして斥けるテクニクである。

B テクニクの具体例

〔1〕(公務／韓／行訴(当)) 東京地判平成八年五月一六日⁽¹⁾(判時一五六号二三頁、〔15〕と同一事件、②↓〔4〕)は、原告が求める受験資格を有することの確認請求を当事者訴訟として捉え、⁽²⁾「原告の右の訴えのうち、平成七年度の受験資格の確認を求める点については、既に当該年度の試験は実施済みであることが明らかであり、右の確認が現在原告間の法律関係に何らの影響を及ぼすものではないから、その確認の利益がない」として斥ける。また、「平成八年度の受験資格については、本件口頭弁論終結時点で、東京都人事委員会において管理職選考の内容を定める同年度の管理職選考実施要綱が決定されていない」、「当該年度に管理職選考を実施するか否か、さらに、受験

(4) 訴訟の形態

行訴(当)＝行政訴訟の当事者訴訟，行訴(無)＝行政訴訟の無名抗告訴訟，

行訴(簿)＝行政訴訟の名簿訴訟，国賠＝国家賠償請求訴訟

(5) [1] [2] ……の連番は本文と対応，判決間の線は審級関係を示す

8	9	10	11	12
[1] ▲ 8.5.16 〈公務/韓/行訴(当)〉 東京地判 [2] ◆ 8.6.26 〈地選/韓/行訴(無)〉 名古屋高金沢支判	[3] ▲ 9.5.28 〈地選/韓・朝/行訴(無)国〉 大阪地判 [4] ◆ 9.11.26 〈公務/韓/行訴(当)〉 東京高判			
[10] ◆ 8.3.27 〈国被/朝/国賠〉 大阪高判		[11] ★ 10.3.13 〈国被/朝/国賠〉 最二判		
[15] ▲ 8.5.16 〈公務/韓/国賠〉 東京地判 [16] ◆ 8.6.26 〈地選/韓/国賠〉 名古屋高金沢支判	[17] ▲ 9.5.28 〈地選/韓・朝/行訴(当)・国賠〉 大阪地判 [18] ◆ 9.11.26 〈公務/韓/国賠〉 東京高判		◆ 11.2.24 大阪高判	★ 12.6.27 最三判

することのできる職種、級、在職期間等の受験資格をどのように設定するかは、「地方公務員法の規定によれば、地方公共団体にあつて独立の合議機関である右委員会判断にかかものであるから、右委員会において実際に当該年度の選考の実施が決定され、受験資格に関する要件を定められない限り、受験することのできる者の範囲は定まらない性質のものである」、「原告が同年度の受験資格の確認を求める点については、本件口頭弁論終結時点では、原告被告間の具体的な権利義務関係をめぐる紛争が存するということはできないのであるから、確認の利益がない」とし、「原告の請求中、管理職選考受験資格の確認を求める部分は、不適法な訴えとして却下すべき」とする。

17 外国人の人権—選挙権・公務就任権—をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)

全体図解 (平成2年以前には、外国人の選挙権・公務就任権を争う憲法訴訟は見られない)

- (1) ▲=地裁, ◆=高裁, ★=法廷(多数)意見, ()=判例集未登載
 (2) 国政選挙権が問題になった場合=〈国選〉, 国政被選挙権の場合=〈国被〉, 地方選挙権の場合=〈地選〉, 公務就任権の場合=〈公務〉
 (3) 当事者の国籍 韓=韓国, 朝=朝鮮, 英=英国

		平成3	4	5	6	7
消 I	(一)「不適法」テクニック					
消 II	(一)「権利保障なし」テクニック	[5] ▲ 3.3.29 〈国選/英/国賠〉 大阪地判	◆ 4.7.31 大阪高判	[6] ★ 5.2.26 〈国選/英/国賠〉 最二判	[7] ▲ 6.1.28 〈地選/英/行訴(簿)〉 大阪地判 [8] ▲ 6.1.28 〈地選/英/国賠〉 大阪地判 [9] ▲ 6.12.9 〈国被/朝/国賠〉 大阪地判	
	(二)「権利保障なし・立法政策として権利付与可能」テクニック			[12] ▲ 5.6.29 〈地選/英/行訴(簿)〉 大阪地判	[13] ▲ 6.10.5 〈地選/韓/行訴(無)・国賠〉 福井地判	[14] ★ 7.2.28 〈地選/英/行訴(簿)〉 最三判
積 I	(一)「違法の処分」テクニック					
積 II						

〔2〕〈地選／韓／行訴(無)〉名古屋
 高金沢支判平成八年六月二六日³⁾(判時
 一五八二号三〇頁、〔16〕と同一事件、①↓
 〔13〕は、無名抗告訴訟としての定住外
 国人の選挙人名簿不登載の不作為違法
 確認の訴えについて、「無名抗告訴訟
 は、これが法定抗告訴訟によつては救
 済できないときに補充的に認められる
 に過ぎない」、「そのうち義務確認訴訟
 を含めて義務付け訴訟においては、①
 行政庁の作為、不作為義務の内容が裁
 量の余地のないほど明白で、②性質
 上、裁判所の判断に適する事項であ
 り、行政庁の第一次的な判断権を留保
 する必要性がそれ程ないような事柄に
 関する場合であつて、③他方、出訴
 を認めなければ回復し難い損害が生
 じ、事前救済の必要性が顕著である等
 の要件の満たされた場合にのみ認めら

れる」、「被控訴人各選挙管理委員会に、二義を許さないほどに特定して控訴人らを選挙人名簿に登録する義務がある場合にはじめて①の要件が満たされる」とする。そして、「公職選挙法二二条、二二条によれば、市町村の選挙管理委員会は、当該市町村の区域に住む二〇歳以上の日本国民で、当該市町村の住民票の作成された日から引き続き三か月以上住民基本台帳上に記録された者について、同二二条一項、二項所定の要件に従って登録しなければならない旨定められているのみで、右選挙管理委員会は、住民基本台帳に登録されていない日本人ではない者について、これを選挙人名簿に登録すべきか否かを判断する権限など法律上有していないことは明らか」とし、上記要件を満たさないとして、控訴人らの本件訴えは不適法として却下を免れないとする。また、国に対する不作为の違法の確認についても、「右作為、不作为をもつて公権力の行使と認められるか否かはともかく、行政庁に当たらない被控訴人国を被告とする点において右訴えは不適法である」とする。

〔3〕〈地選／韓・朝／行訴（無）〉大阪地判平成九年五月二八日（判タ九五六号一六三頁、〔17〕と同一事件）は、原告らの属する普通地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権ならびに被選挙権の各行使を可能にする立法措置を講ずべき憲法上の義務があるのに被告がこれを講じないという不作为の違憲確認の訴えについて、この「訴えは、立法の不作为を公権力の行使と捉え、一定の内容の立法措置をすべき義務の確認を求める趣旨であつて、いわゆる義務確認訴訟に類する一種の無名抗告訴訟と解すべきである」、「このような無名抗告訴訟は、(1) 行政庁が当該行政処分をすべきこと又はすべきでないことが一義的に明白であつて、行政庁がそれについて法律上羈束されており、行政庁に自由裁量の余地が残されていないため、行政庁の第一次判断権を留保することが必ずしも重要ではないと認められ、(2) 事前審査を認めないことによる損害が大きく、事前の救済の必要が顕著であり、(3) 他に適切な救済方法がない、という各要件を充足する場合に限り許容される」とする。そして、「憲法あるいは条約は我が国に在留する外国人」に「地方参政権を保障しているものではない」と、被告が原告ら主張の立法措置を講じないことが違憲で

あることが明白であるともいえないし、担当の国の機関が右の立法措置を講じることが法律上羈束されているとまで到底いえない。結局、右措置を講ずるか否かについては、国民の間の多様な考え方その他種々の事情を踏まえ、高度の政策的判断に基づいて行われるもので、立法機関の広範な裁量に委ねられているものである。右訴えは、「(1)の要件を欠くことが明らかである」、「また、右訴えは、そもそも行政庁ではない国を被告としており、この点においても不適法」として却下する。

〔4〕〈公務／韓／行訴(当)〉 東京高判平成九年一月二十六日(判時一六三九号三〇頁、〔18〕と同一事件、①→〔1〕)は、「原告の右の訴えのうち、平成七年度の受験資格の確認を求める点については、既に同年度の管理職選考は同年五月二八日に実施済みであることが明らかであり、右の確認が現在の原告告間の法律関係に何らの影響を及ぼすものではないから、その確認の利益がない」とし、また、「平成八年度の管理職選考の受験資格の確認を求める点についても、東京都人事委員会は平成七年度実施要綱におけると同様の内容の平成八年度実施要綱を定めて、既に同年度の管理職選考を実施済みであることは弁論の全趣旨により明らかであるから、前同様確認の利益がない」とし、訴えを却下すべきとする。

C テクニックを支える思想

(1) 外国人の人権へのコミット

〔1〕〈公務／韓／行訴(当)〉 東京地判平成八年五月一六日、〔2〕〈地選／韓／行訴(無)〉 名古屋高金沢支判平成八年六月二六日、〔3〕〈地選／韓・朝／行訴(無)〉 大阪地判平成九年五月二八日は、「不適法」としたため、その論点に関する限り、外国人の人権についての言及はない。しかし、これらの事件は、それぞれ、国賠訴訟としても争われ、「権利保障なし・立法政策として権利付与可能」テクニックで処理されており(後述〔15〕、〔16〕、〔17〕参照)。

その場合、外国人の人権へのある程度のコミットが見られる（《消Ⅱ》(ニ)C(1)参照）。また、「4」（公務／韓／行訴（当））東京高判平成九年一月二六日も国賠訴訟としても争われ（後述「18」参照）、その場合、外国人の人権へのかなり強いコミットが見られる。

(2) 外国人の人権制限へのコミット

同右「1」、「2」、「3」は、国賠訴訟では、外国人の人権制限への強いコミットを示している（《消Ⅱ》(ニ)C(2)参照）。同右「4」は、国賠訴訟では（後述「18」参照）、外国人の人権制限へのコミットは弱い。

(3) 司法哲学

確認の利益がないとして不適法とした同右「1」、「4」はともかく、同右「2」、「3」は、無名抗告訴訟としての訴訟要件を欠くとしており、少なくとも積極的な司法観を内在させているとはいえない。

D テクニックをめぐって

(1) 地方選挙権

「2」（地選／韓／行訴（無））名古屋高金沢支判平成八年六月二六日が、無名抗告訴訟としての義務付け訴訟の要件を満たさないとして不適法とした点について、「選挙管理委員会は、住民基本台帳に記録されていない日本人ではない者について、これを選挙人名簿に登録すべきかを判断する権限を法律上有していないことが明らかであれば、そもそも不存在の判断権を第一次的に尊重するということ自体意味がないともいえるのであるから、権限を有しない行政庁に対する違法確認の訴えは訴えの利益を欠くものとして不適法という考え方もあり得よう」⁽⁵⁾、「一審判決が選挙人名簿への不登録に対する争訟方法としては、いわゆる名簿訴訟」に限定される理由はなく、無名抗告訴訟としての本件違法確認の訴えも適法であると判断したのに対して、本件控訴審判決は行政庁の第一次判断権

を重視する立場から本件違法確認の訴えを不適法としたものと評価し得よう。無名抗告訴訟の許容性という論点については、控訴審判決は現在の裁判例・学説の大勢に沿った判断をした⁽⁶⁾」等のコメントがある。

注

(1) 韓国籍(特例法に基づく特別永住者)で在日二世の東京都に勤務する保健婦が、都の管理職選考試験を受験しようとしたところ、平成六年度には日本国籍を有しないことを理由に受験申込書の受取りを拒否された。また、平成七年度には都人事委員会が日本国籍を有することを受験資格の要件とすることを明示した。そこで、同人は、両年度の管理職選考試験を受験できなかったとして、東京都に対して管理職選考の受験資格の確認と精神的苦痛に対する慰謝料の支払いを求めた。慰謝料に関しては、〔15〕参照。本判決は、外国人の公務員就任に関する初めての司法判断である。

(2) 判決は、「原告は、本件において、原告が平成七年度及び同八年度の管理職選考試験中選考種別Aの技術系医化学の受験資格を有することの確認を求めているが、地方公共団体においては、人事委員会が職員の競争試験及び選考を行い、競争試験における受験資格も定めることとされている」「のであるから、東京都を被告とする原告の本件訴えは、行政事件訴訟法四条後段にいう原告告間の公法上の法律関係に関する訴訟として請求しているものであると解される」とする。

(3) 韓国籍を有する協定永住資格者である原告らが、定住外国人には、その属する普通地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権が憲法上保障されているのに、原告らに選挙人の資格を日本国民に限定する公職選挙法九条二項、二一条一項、地方自治法一条、一八条の各規定は違憲、違法であるとし、国及び選挙管理委員会に対し、無名抗告訴訟として選挙人名簿不登載の不作為の違法確認、ならびに国籍条項を設けたことにより原告らの選挙権が侵害され、著しい精神的苦痛を受けたとして国家賠償を求めた。国家賠償については、〔16〕参照。

(4) 永住者たる地位を有する韓国人、朝鮮人である原告らが、国に対し、①原告らが属する普通地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権ならびに被選挙権を有することの確認、②原告らと被告との間において、原告らの属する普通地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権ならびに被選挙権の各行使を可能にする立法措置を被告が講じないことが違憲であることの確認、③地方参政権の侵害を理由とする国家賠償を求めた。①、③については、〔17〕参照。

(5) 白石研二・判タ九四五号三七頁(一九九七)。

(6) 判時一五八二号三一頁(一九九七)。

《消極主義Ⅱ》

(一) 「権利保障なし」テクニク

A テクニクの概要

これは、訴訟当事者が主張するような憲法上の権利は、外国人には保障されていないとして請求を斥けるテクニクである。このテクニクは、そこにとどまらず、権利付与は認められないという含みを内在させているように思われるが、明言はない。

B テクニクの具体例

〔5〕〈国選／英／国賠〉大阪地判平成三年三月二十九日⁽¹⁾〔判タ七七九号九四頁、②↓大阪高判平成四年七月三十一日判例集未登載、③↓(6)〕は、公職選挙法九条一項の合憲性について、憲法前文、一条、憲法一五条等「によれば公務員の選定罷免権は、よって立つ国民主権原理に照らし、その権利の性質上日本国民のみをその対象としていることは明らかであるから、右の権利の保障は外国人には及ばない」とする⁽²⁾。また、憲法一四条一項違反に関し、「公職選挙法が日本国籍の有無により国会議員に対する選挙権の行使の可否を区別している点は」、「選挙権の保障が外国人には及ばない以上、未だ合理的な区別であるから、同条同項違反にはならない」とし、損害賠償請求を斥ける。

〔6〕〈国選／英／国賠〉最二判平成五年二月二十六日⁽³⁾〔判時一四五二号三七頁、①↓(5)、②↓大阪高判平成四年七月三十一日判例集未登載〕は、マクリーン事件最高裁判決を援用して、「国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法九条一項の規定」は、「憲法一五条、一四条の規定に違反するものでない」とし、「これと同旨の原審

の判断は、正当」とする。

〔7〕《地選／英／行訴(簿)》大阪地判平成六年一月二八日⁽⁴⁾(判タ八四八号一二七頁)は、公職選挙法二五条に規定する選挙人名簿の登録に関する訴訟として原告適格を肯定するが、⁽⁵⁾「国家が国民によつて構成される団体であり、主権が国民に存するという以上、ここに『国民』とは、国家の構成員としての国民すなわち、憲法一〇条を受けて制定された国籍法に基づき日本国籍を有する国民であることを当然の前提としているというべきであり、外国人を含まない」、「選挙権を含む参政権は、国家の主権と不可分の関係にあるものであるから、外国人に保障されないことは、国家というものの性質上当然」という。また、憲法一四条一項違反については、「憲法上、日本国籍を有しない者は、そもそも選挙権が保障されないものであるから、日本国籍を有しない者について選挙権を認めないことをもつて、同条項に違反するということとはできない」とする。さらに、九三条二項は、定住外国人を含むとする主張について、「憲法一五条一項にいう『国民』と憲法九三条二項にいう『住民』とは同一の概念に基づく」とし、結局、「憲法は、外国人については、地方公共団体における選挙を含め、選挙権を保障するものではないから、地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を日本国民に限る公職選挙法九条二項、地方自治法一一条、一八条の各規定が憲法に反しないことは明らかであり、外国人である原告を選挙人名簿に登録しなかったことに違法はないから、原告の異議の申出を却下した本件決定は適法」とし、請求を斥ける。

〔8〕《地選／英／国賠》大阪地判平成六年一月二八日⁽⁶⁾(判タ八四八号一二二頁)は、同右〔7〕と同様の理由で原告の請求には理由がないとして斥ける。

〔9〕《国被／朝／国賠》大阪地判平成六年二月九日⁽⁷⁾(判時一五三九号一〇七頁、②↓〔10〕、③↓〔11〕)は、「選挙長の職務権限及び右審査の法的性質からすれば、審査の結果、届出行為を受理することのほかに、これを受理しないとすることも包含されている」とし、「原告らの本件各選挙における届出に対し、各選挙長がいずれもこれを受理し

ないこととして、その旨通知したことは、公選法に基づく処分であつて、原告らの主張「の違法性を認める余地はない」、「原告らが提出した外国人登録済証明書ないしは外国人登録証明書をもちて、これに代えることは公選法の予定しないところ」とし、「原告らの立候補届出について、本件各選挙長のなした不受理処分及びその通知は、いずれも公選法に基づく措置として適法である」とする。そして、外国人の選挙権及び被選挙権について、「憲法一五条に基づく国会議員についての選挙権及び被選挙権の保障は、日本国籍を有しない者」「には及ばない」という。さらに、定住外国人の選挙権、被選挙権について、「外国人の日本国内における滞在期間が長くなることに、日本法の適用を受ける期間が長くなるにしても、定住性の点をもつて、他の外国人と殊更異別に解する憲法上の理由については、憲法一三条、一四条に照らしても、これを見出し難い」、「そして、納税義務を負担していることを理由とする原告らの主張についても、右と同一であり、国会における決議事項が租税に関わる事項に限られないことに照らしても、選挙権ないし被選挙権の保障に関し、定住外国人が他の外国人と異なるとは解されない」という。また、国際人権規約B規約二五条は、「締約国における国籍保有者の選挙権のみならず、定住外国人の選挙権まで保障する趣旨であると解することはできない」という。かくして、「本件における原告らの各届出は、戸籍の謄本又は抄本の添付を欠く無効なものであり、各選挙長には右届出の受理を拒否する権限があつたと認められるから、各選挙長の不受理行為が憲法、国際人権規約B規約及び公選法に違反するものであるとは認められない」とし、請求を斥ける。

〔10〕〈国被／朝／国賠〉大阪高判平成八年三月二七日（訟月四三巻五号一二八五頁、①↓〔9〕、③↓〔11〕）は、原審と基本的に同旨。控訴人の適用違憲の主張——在日朝鮮人の「歴史的経緯と日本における生活実態から判断すれば、在日朝鮮人は、我が国に存住する定住外国人の中でも特別の地位を占めるものであり、定住外国人に対して選挙権及び被選挙権を保障しない日本国における国籍条項や行政上の取り扱いは」、「旧植民地出身者及びその子孫に適用

する限りにおいて明らかに違憲、違法」——についても、「参政権はその国の政治に参加する権利であり、特に選挙権と被選挙権とは国家意志の形成に参与する国民固有のものであつて」、「憲法一五条による権利の保障は我が国に在留する外国人に及ばないと解されること、世界人権宣言及びB規約の外国人に対する参政権の保障に関する前示の態度、さらには、諸外国においても地方選挙での例は別として国政選挙の被選挙権を定住外国人に与えているわけではないことを併せ考えると」、「控訴人らが主張する範囲の人々に対して必然的に国政選挙への参政権を認めなければならない決定的な理由となるものとも認め難いところであつて、定住外国人に対して選挙権及び被選挙権を保障しない日本国における国籍条項や行政上の取扱が、控訴人」「ら旧植民地出身者及びその子孫に適用する限りにおいて明らかに違憲、違法となるということとはできない」とする。

〔11〕〈国被／朝／国賠〉最二判平成一〇年三月一三日⁽⁸⁾(裁判所時報二二五号五三頁、①↓〔9〕、②↓〔10〕)は、マクリーン事件最高裁判決、前掲〔6〕〈国選／英／国賠〉最二判平成五年二月二六日を援用して、「国会議員の被選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法一〇条一項、これを前提として立候補届出等に当たつて戸籍の謄本又は抄本の添付を要求する公職選挙法」〔八六条四項、八六条の二第二項七号、公職選挙法施行令(平成六年政令第三六九号による改正前のもの)八八条五項、八九条の二第三項二号の各規定及びこれらの規定を上告人らに適用することが憲法一五条に違反〕しない、とし、「これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」という。さらに、「前記各規定が市民的及び政治的権利に関する国際規約」〔二五条に違反するものでないとした原審の判断も、正当として是認することができる〕る、という。

C テクニクを支える思想

(1) 外国人の人権への弱いコミット

(a) マクリーン原則⁽⁹⁾

〔5〕〈国選／英／国賠〉大阪地判平成三年三月二十九日は、マクリーン事件最高裁判決を援用して、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国在留の日本国籍を有しない者」〔に對しても等しく及ぶ〕という。その他、〔7〕〈地選／英／行訴(簿)〉大阪地判平成六年一月二十八日、〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一月二十八日、〔11〕〈国被／朝／国賠〉最二判平成一〇年三月一三日も同旨。

(2) 外国人の人権制限への強いコミット

(a) 公務員の選定罷免権は国家の存在を前提とする

前掲〔5〕〈国選／英／国賠〉大阪地判平成三年三月二十九日は、憲法一五条一項の規定する公務員の選定罷免権が「国民の最も重要な基本的権利の一つであることは論をまたないが、それは人たるものが当然に有するという意味での人権（前国家的権利）ではなく、国家の存在を前提として初めて成立する国民の権利である」、「右権利の内容は国家のあり方を定めた憲法によつて規定される」という。他の判決は、この視点を明示しないが、内在させていると思われる。

(b) 憲法一五条の「国民」は外国人を含まない

同右〔5〕は、すでに述べたように、「公務員の選定罷免権は、よつて立つ国民主権原理に照らし、その権利の性質上日本国民のみをその対象としていることは明らかであるから、右の権利の保障は外国人には及ばない」とする。前掲〔7〕〈地選／英／行訴(簿)〉大阪地判平成六年一月二十八日、〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一

月二八日、〔9〕〈国被／朝／国賠〉大阪地判平成六年二月九日、〔10〕〈国被／朝／国賠〉大阪高判平成八年三月二七日も同旨。

(c) 地方公共団体と国の間には不可分の関連がある

前掲〔7〕〈地選／英／行訴（簿）〉大阪地判平成六年一月二八日は、「憲法九二条が、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて定める、と規定するのは、民主主義を實行する方式として、その地方の公共事務がなによりもその地方の住民の意思に基づいて行われることを制度的に保障したものであるところ、地方公共団体は、国の領土の一部を区域とし、その区域内においてその区域に関する公共事務を行うことを存立の目的とするのであるから、その存在は国家の統治体制の一側面にほかならず、地方公共団体と国の間には不可分の関連関係があつて国から独立した存在ではあり得ない」という。前掲〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一月二八日も同旨。

(d) 憲法九三条二項の「住民」は、憲法一五条の「国民」を前提にする

前掲〔7〕〈地選／英／行訴（簿）〉大阪地判平成六年一月二八日は、「地方公共団体における選挙権も国民主権の原理に基づくものであり、憲法九三条二項の選挙は、憲法一五条一項の『公務員の選挙』に該当すると解されるから、憲法一五条一項にいう『国民』と憲法九三条二項にいう『住民』とは同一の概念に基づくものと解すべきであり、憲法九三条二項が憲法一五条一項と異なり、『住民』という文言を使用しているのは、地方公共団体の長及びその議会の議員等については、その地方公共団体の区域内に住所を有する者によって選出されるものであることを特に明らかにするためであり、それ以上、憲法一五条一項の『国民』と異なる範囲の者を想定しているものではない」という。前掲〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一月二八日も同旨。

(e) 外国の立法例の消極性

前掲〔10〕〈国被／朝／国賠〉大阪高判平成八年三月二七日は、「諸外国においても地方選挙での例は別として国政選挙の被選挙権を定住外国人に与えているわけではない」という。

(f) 国際人権規約B規約二五条の「すべての市民」は定住外国人を含まない

前掲〔9〕〈国被／朝／国賠〉大阪地判平成六年二月九日は、「国際人権規約B規約二五条では、選挙権を保障し、その権利主体を『すべての市民』と規定するが、右規定が、締約国における国籍保有者の選挙権のみならず、定住外国人の選挙権まで保障する趣旨であると解することはできない」という。前掲〔10〕〈国被／朝／国賠〉大阪高判平成八年三月二七日も同旨。

(3) 司法哲学

(a) わが国はわが国の憲法解釈で

前掲〔7〕〈地選／英／行訴（簿）〉大阪地判平成六年一月二八日は、「スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、オランダ、アイルランド等においては、地方公共団体における外国人の選挙権を、一定の条件のもとに認めていることが認められるが、わが国の憲法」からすると、「右諸外国の実例はその解釈を左右しない」という。前掲〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一月二八日も同旨。

D テクニクをめぐって

(1) 国政選挙権・国政被選挙権

この分野では、すべての判決が、「権利保障なし」テクニクを用いている。国政・地方とも外国人の参政権を否定する「全面禁止説」（一注〔8〕参照）は、好意的な対応となろう。また、「国政禁止・地方許容説」（一注〔8〕参

照も、この分野に限っては好意的な対応となろう。他方、「全面要請説」(一注(8)参照)または、これに近い立場は批判的となろう。

〔6〕〈国選／英／国賠〉最二判平成五年二月二六日について、「いつたい、外国人に対して自国の国家意思形成に決定的に関与することを認め、外国人が国政を動かさうる状況をつくることを、主権国家の憲法論は容認するであらうか。翻つて、日本国民が他国への合法的在留の故をもつて、その国の国家意思形成への権利を主張することは、『自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする』⁽¹⁰⁾所以であらうか」という好意的コメントの他、「マクリーン訴訟判決は、外国人の政治活動の自由の保障を問うもので、本件と事案を異にするものであったこと、さらに、上告人が従来の学説上の見解と異なる新たな考えのもとに自己の選挙権を主張していること等に照らすと、最高裁判所は、もう少しことばを尽くして説くべきではなかったか」、最高裁が、権利性質説をとつたことについて、「日本人と日本国籍を有しない者すなわち外国人との単純な区分を前提として、人権保障が外国人に及ぶか否かについて議論している」、「そこには、外国人の性質・地位に依じて検討する思考方法が見られない」等の批判をし、「実際問題として、外国人に選挙権を認めるにしても、どのような地位の外国人に対して、何の選挙に対する選挙権について、いかなる条件を充足しているときにそれが可能となるのか等ということを解決しなければならぬから、それらは、法律に委ねている」、「定住外国人の選挙権の問題は、立法による解決しか道はない」、「そうであるからには、訴訟の解決という裁判所の役割との関係で、本判決は、理由があまりに簡素であるという点があるが、妥当なものだつた⁽¹¹⁾」というコメントが見られる。

(2) 地方選挙権

地方選挙権においても、後述する〔14〕〈地選／英／行訴(簿)〉最三判平成七年二月二八日以前に出された、〔7〕〈地選／英／行訴(簿)〉大阪地判平成六年一月二八日、〔8〕〈地選／英／国賠〉大阪地判平成六年一月二八日の

二つの下級審判決は、「権利保障なし」テクニクを用いている（なお、後述の〔12〕（地選／英／行訴（簿）大阪地判平成五年六月二十九日も、このテクニクに類別できないことはない）。「全面禁止説」は、このテクニクに好意的となろうが、「国政禁止・地方許容説」、「全面許容説」、「全面要請説」およびこれに近い説は批判的となろう。上記両判決について、「判旨は、在日外国人のわが国政治への参加の問題にかんして、具体的に、ないし実態に即して考察する姿勢をもたないものであつて、極めて形式的・概念法学的な論理に終始しており、説得力に欠ける。とくに、外国人の政治参加の権利を論ずる際に、国政と地方政治を区別して、後者の特質に留意する見地も、また、在日外国人のうち定住者を取り出してその選挙権保障の必要性を顧慮する態度も、いずれも本判決からは見出すことができず、またそこには、国際的潮流への配慮も感じられない」、「今日、とくにヨーロッパ諸国では、定住外国人への地方参政権付与の法制化の実例が増加している。しかし、本判決は、諸外国の実例はわが国憲法の解釈を左右しないとして一刀両断で切り捨てている。また、わが国における外国人の選挙権というテーマをめぐるのは、とくに在日韓国・朝鮮人・中国人について」、「戦前からの、わが国の側が反省と見直しを求められる歴史が背景にある。本件では、原告がイギリス人であつたとはいえ、本判決からは、そうした省察姿勢をうかがわせるものが何も見出せない。外国人の人權を論じるにあたつては、このような『歴史の比較の観点』に立つた考察が必須とされる⁽¹²⁾」という批判がある。

注

- (1) 昭和五十六年、日本国籍を有する者と婚姻し、同人との間に日本国籍を有する二人の子供をもうけたイギリス国籍の外国人が、昭和五十七年来日し、同六二年、出入国管理及び難民認定法二条の二、別表第二に定める永住者としての在留資格を取得した。平成元年七月二三日施行の参議院議員選挙に投票するため、同人は大阪府池田市選挙管理委員会に同月二二日訪れたが、日本国籍を有しないので公職選挙法九条及び二一条により、本件選挙の投票を行うことができない旨告げられ、本件選挙において投票をすることができなかった。それゆえ、前記公職選挙法は、憲法に違反し、国会、内閣はその改廃を怠つたとし——国会議員のこの不作為は、国会議員としての違法な職務行為を構成し、かつ、同不作為につき故意または重大な過失が存する——、国に対

し、投票ができなかったことに對する慰謝料の請求を求めた。

- (2) 本判決は、「仮に憲法一五条にいう『国民』に、外国人が含まれる余地があるとの原告の主張に立つたとしても、主権者イコール公務員の選定罷免権者でないことは明らか」という。また、憲法四四条が選挙権を有する者の資格を公選法に委任し、公選法は選挙人の資格を日本国民（日本国籍を有する者）に限定していることについて、「この限定は、外国人が帰化の要件を満たさず、あるいは充たしても帰化を望まず他国に国籍を有しその国の対人高権に服している以上、不合理な区別とはいえないから、右法律が憲法一五条に違反しているとはいえない」という。

- (3) 本判決は、外国人の選挙権に関する初めての最高裁の判断である。

- (4) 英国籍をもつ外国人（5）（国選／英／国賠）大阪地判平成三年三月二十九日の原告と同一人が、平成三年四月二日に行われる池田市市議会議員選挙において選挙権を行使すべく、縦覧期間中に選挙人名簿を縦覧したところ、自己の氏名が登録されていなかったため、選挙管理委員会に選挙人名簿に登録するよう異議の申出をしたところ、右申出が却下されたので、却下決定の取消しを求めた。

- (5) 本判決は、公職選挙法二四条一項にいう「異議の申出をすることができるとされている『選挙人』は、現に選挙権を有していることまでの必要はなく、自ら選挙権を有していると主張している者であれば足りる」という。

- (6) 本件は、「7」（地選／英／行訴（簿））大阪地判平成六年一月二八日と同一の原告による事件である。原告は、選挙権の行使を日本国民にのみ認めて定住外国人に認めない違憲の公職選挙法、地方自治法を、国の公権力の行使にあたる公務員である国会議員、内閣総理大臣、国務大臣が、改廃して違憲状態を解消すべき職務上の義務があるのに、故意または重大な過失により違法にもこれを怠つたため、平成三年四月二日に行われた池田市市議会議員選挙において選挙権を行使できず、多大の精神的損害を被つたとして、被告に對し国家賠償法に基づいて慰謝料の支払いを求めた。

- (7) 在日外国人を構成員とする「在日党」の代表が、平成四年七月二六日の参議院比例代表選出議員選挙の公示日である同月八日、在日党に所属する者一〇名を同選挙における候補者にするため、当選人となるべき者の間における順位を記載した名簿を、名簿登載者ら全員の外国人登録済証明書を添付して比例代表選挙選挙長に届け出た。また、同代表自身が、同選挙の選挙区選出議員選挙の候補者になるため、大阪府選挙長に對し、同人の外国人登録証明書を添付して立候補届出書を提出した。前者、後者とも、名簿登載者らの戸籍謄本又は抄本の添付がないとして、届出が受理されなかった。そこで、各選挙長の不受理は公職選挙法に違反する違法な行為であり、立候補届出に添付すべき書類を戸籍謄本又は抄本に限定しているとすれば、定住外国人の選挙権を侵害する違法行為であり、さらに、在日韓国人・朝鮮人に被選挙権を認めない趣旨の公選法は、憲法一五条一項及び国際人

権規約B規約二五条に違反している等と主張し、被選挙権及び選挙活動の自由を侵害され、著しい精神的苦痛を受けたとして、国に損害賠償を求めた。

(8) 本判決は、国政選挙での外国人の被選挙権の有無に関する最高裁による初めての判断である。

(9) マクリーン事件最高裁判決の権利性質説には、外国人の人権に積極的な側面と消極的な側面がある。ここでは、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は」、「わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」とする積極的な側面に注目する。

(10) 大石眞・ジュリ臨増一〇四六号一七頁(一九九四)。

(11) 戸松秀典・判評四二七号(判時一四六七号)一七九～一八二頁(一九九三)。

(12) 小林武・南山法学一八巻四号一七一、一八二頁(一九九五)。さらに、同コメントは、国政レベルの選挙に関し、「『国籍国での選挙への参加が期待できない在日の旧植民地出身者』には、国政レベルも含めた選挙権が保障されるべきところ、それをしていない現行法制の関連部分は違憲である」が、「在日外国人で自身の国籍をもつ人」は、その祖国において参政権を行使する資格を有しており、またそのための制度が整備されているならば、日本に在留したままで投票を果たすことができる地位にいる。その場合、当該外国人の祖国とわが国とが仮に敵対的な外交関係に入ったとき、「祖国の側に立ち、外国たる日本に少なくともコミットしたくないと思うのは、むしろ自然であろう」という実際上の理由から、「国籍国での選挙への参加が期待できる人々については、国政にかんするかぎり、選挙権を付与する立法をなすことに憲法上の根拠はない」という。一七九頁。また、地方参政権については、「問題は国民主権原理にあるのではなく、外交などを原則として担当することのない、またあつても諸外国との間で緊張した利害対立の場に立つことは少ないと思われる自治体の政治については、定住外国人への選挙権付与を妨げる理由は——市町村・都道府県いずれの段階においても——何も存在せず、その保障は憲法上の要請である」という。一八一頁。

(二) 「権利保障なし・立法政策として権利付与可能」テクニク

A テクニクの概要

これは、主張されている権利は憲法によって保障されていないとして請求を斥けるが、同時に、立法政策として権利付与は許容されると言及するテクニクである(もつとも、次に述べる[12]は、権利付与許容を示唆したにとどまる)。

B テクニク的具体例

〔12〕〈地選／英／行訴簿〉 大阪地判平成五年六月二十九日⁽¹⁾（判タ八二五号一三四頁、③↓〔14〕）は、公職選挙法二五条に規定する選挙人名簿の登録に関する訴訟として原告適格を肯定するが、⁽²⁾「憲法一五一条一項により参政権を保障されているのは、『国民』、すなわち『日本国籍を有する者』に限られるのであり、右以外の者、例えば定住外国人には、憲法上、公務員を選定、罷免する権利、すなわち参政権は認められていない」とする。さらに、憲法九三条二項の「住民」に定住外国人が含まれるかについて、「憲法九三条二項の「住民」は、日本『国民』であることがその前提となっている」とし、結局、「日本国民、すなわち日本国籍を有する者については、憲法で、地方公共団体についての選挙権が保障されているとすることができるが、日本国籍を有しない定住外国人については、右権利を憲法が保障していると認めることはできない」とする。もともと、定住外国人の状況に言及するものの（後述C(1)(b)参照）、「少なくとも憲法上は右のような外国人に対しても右参政権は保障されていない」、「また、仮に右の者に参政権を付与することが憲法に違反しないとの立場を採り得るとしても、これを付与するか否かは立法政策の問題にすぎない」という（弱いがらも立法政策として権利付与可能を示唆する点に注目して、ここに類別する）。憲法一四條違反の主張については、「憲法上、日本国籍を有しない者については、そもそも選挙権が保障されていないのであって、日本国籍を有しない者について、選挙権を認めないからといって、そのことが右規定に違反するということとはできない」という。かくして、「原告らは日本国籍を有しない以上、選挙権を有せず、原告らを選挙人名簿に登録しなかったことに違法な点はない」とし、請求を棄却する。

〔13〕〈地選／韓／行訴（無）・国賠〉 福井地判平成六年一〇月五日（判時一五三五号七七頁、②↓〔2〕、〔16〕）は、「原告らが、無名抗告訴訟として、被告各選挙管理委員会に対し選挙人名簿に登録されていないことの違法確認を求め、請求は適法」とする。⁽³⁾しかし、各国籍条項が憲法一三条、三〇条に違反するとの主張を斥け、⁽⁴⁾さらに、「選挙権

は、権利の性質上日本国民のみを対象とするものであつて、外国人にはその保障が及ばない」、「地方公共団体における選挙権についても、憲法上保障されているのは日本国籍を有する者に限られるというべきであり、日本国籍を有しない定住外国人には憲法上保障されているということはできない」とする。また、国際人権規約B規約二五条違反の主張を斥け、憲法一四条、国際人権規約B規約二六条違反の主張についても、「これらの規定は、その性質上、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても適用されるべきものであるが」、「日本国籍を有しない者については、そもそも選挙権が保障されていないのであるから、日本国籍を有しない者について選挙権を認めないことをもつて、そのことが右の規定に違反するということとはできない」とし、さらに、地方自治法一〇条一項、二項違反、B規約二七条違反の主張も斥ける。もつとも、諸外国で、定住外国人に地方参政権を付与している例をあげ（後述C(1)(d)参照）、地方レベルでの外国人の選挙権に理解を示しつつも、「市町村のレベルについて定住外国人など一定の外国人の選挙権を認めることは憲法上許容されているとの見解に立つたとしても、外国人に選挙権を認めるかどうかは立法政策の問題にすぎないから、本件各国籍条項が違憲、違法であるということにはならないし、しかも立法しないからといって裁量権の逸脱、濫用が問題となるものでもない」とする。結局、「憲法は外国人に対し地方公共団体における長及び議会の議員を含め公務員の選挙権を保障しておらず、B規約や地方公共団体においても同様であるから、本件各国籍条項を違憲、違法ということはできない」、「原告らは、定住外国人に対し憲法上選挙権が保障されていることを前提として、その制約についての違憲性も主張するが、原告ら定住外国人には憲法上選挙権が保障されていないのであるから、その制約について違憲の問題が生じる余地はない」とし、不作為の違法確認を求める請求と原告らの被告国に対する国家賠償の請求は、いずれも理由がないと斥ける。

〔14〕〈地選／英／行訴（簿）〉最三判平成七年二月二八日（法時一五二三号四九頁、①↓〔12〕）⁽⁵⁾は、「公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五一条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保

障は、我が国に在留する外国人には及ばない」という。さらに、「憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に對して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえない」とするものの、その居住する区域の地方公共団体との特段に緊密な関係をもつに至つた永住者の選挙権に理解を示し、憲法は選挙権付与を禁止していないとするが、「しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であつて、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」とする。かくして、「地方公共団体の長及びその議会の議員の選挙の権利を日本国民たる住民に限るものとした地方自治法一条、一八条、公職選挙法九条二項の各規定が憲法一五条一項、九三条二項に違反するものということはできない」とし、請求を斥ける。

〔15〕〈公務／韓／国賠〉東京地判平成八年五月一六日（判時一五六号二三頁、〔1〕と同一事件、②↓〔18〕）は、慰謝料請求に關し、「公務員の職に就任する権利ないし資格についてはこれが憲法一五条一項に規定する公務員の選定罷免権の保障の範囲に含まれるものと解することができる」として、右規定が国民主権の原理に基づくものであることに鑑みると、右規定による権利の保障は、その性質上日本国民のみをその対象とし、我が国に在留する外国人には及ばない」とするものの、公務員の職務内容から、①重要な権限を直接的に行使し、法律をもつてしても就任できない職務、②法律によつて就任が可能となる職務、③従事することが可能な職務に類別し（後述C(1)(c)、(2)(b)参照）、本件における「管理職選考は、東京都の課長級の職への選考を目的としており、課長級の者のうち課長職は、東京都事案決定規程によつて知事の権限に属する事務に係る決定権限が配分され、その他の課長級に該当する副参事には一部に決定権限そのものを直接的に有しない者がいることが認められるが、東京都においては当該管理職の職種による人事管理は行われておらず、例えば医化学の区分で選考に合格して管理職に任用された場合、その後の昇任に伴つて、医化学系の以外の分野をも担当し、また、一般的な職員管理を含めた管理的な事務を行うことがある」とし、「本件の管理職選考は、決定権限の行使を通じて公の意思の形成に参画することによつて我が国

の統治作用にかかわる職への任用を目的とするものであり、実際に合格後にそのような職に任用されているということができるから、外国人である原告は、管理職選考の結果任用されることとなる職に就任することが憲法上保障されていない」、「原告が管理職選考を被告の」「措置によって受験できなかったとしても、被告に地方公務員法一三条、一九条の規定に違反した違法があるとはいえない」とする。また、被告の措置が憲法二二条一項、一四条、一三条に違反するとの原告の主張についても斥け、慰謝料請求を棄却する。

〔16〕〈地選／韓／国賠〉名古屋高金沢支判平成八年六月二六日（判時一五八二号三〇頁、〔2〕と同一事件、①↓〔13〕）は、国籍条項を設けたことにより原告らの選挙権が侵害され、著しい精神的苦痛を受けたとする損害賠償請求に対しても、憲法九三条二項は、「我が国に在留する外国人に対して、地方参政権を保障したものである」ということはできない」として斥ける。もともと、前掲〔14〕〈地選／英／行訴（簿）〉最三判平成七年二月二八日を援用して、立法政策として外国人に地方参政権を付与する可能性に言及する。適用違憲の主張に対しても、「控訴人らが主張する控訴人らが旧植民地出身者及びその子孫であるという在留原因の特殊性、社会生活における差別実態と社会構成員性ということが、直ちにこれらの人々に対してのみ地方参政権を認めなければならないということになるものと解することはできない。したがって、国籍条項を控訴人ら旧植民地出身者及びその子孫に適用することの違憲という控訴人らのこの点の主張は採用できない」とする。その他、憲法一三条、一五条違反の主張も斥ける。

〔17〕〈地選／韓・朝／行訴（当）・国賠〉大阪地判平成九年五月二八日（判タ九五六号一六三頁、〔3〕と同一事件）は、各原告らが属する普通地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権ならびに被選挙権を有することの確認の訴えを当事者訴訟として捉え、⁶「一定の具体性をもった法的な権利義務に関する紛争として法律上の争訟性を有するといえ、端的に国籍条項を定立した被告（国）との間で原告らの地方参政権の存否の確認を求める本件訴えは、実質的な紛争解決に資するものといえることができる」、「原告らと被告との間において原告らが地方参政権を有すること

の確認を求める訴えは、法律上の争訟に当たり、かつ確認の利益も認められる」とする。そして、前掲〔14〕（地選／英／行訴（簿））最三判平成七年二月二八日を援用し、「憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばない」、九三条二項のいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味する」、「右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙権及び被選挙権を保障したものということはできない」とする。さらに、少なくとも日本国の旧植民地出身者及びその子孫で、特別永住資格者ないし一般永住者については、憲法上地方参政権が保障されているとの主張について、「確かに、戦前我が国の植民地であつた朝鮮・台湾出身者が我が国に定住するに至つた経緯並びに我が国を生活の本拠とするこれらの朝鮮・台湾出身者及びその子孫の現在に至る間の法的・社会的地位の変遷及び実態については、我が国の戦前の植民地政策や戦後処理政策その他の政治情勢とも重大な関わりを有し、これらに大きく影響されてきたことは疑いのないところ」としつつも、「右のような特殊性を考慮して右の特別永住資格者等に地方参政権を付与する立法措置を講ずるか否かについても、結局のところ立法機関の広範な裁量に委ねられた高度の政策的判断に属する事柄であるというべく、右の歴史的経緯等を考慮しても、なお、憲法上これらの特別永住資格者等に地方参政権が保障されていると解することはできない」という。また、同右〔14〕を援用し、「我が国に在留する外国人のうちでも前記のような特別永住資格者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至つたと認められる者について、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもつて、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」とする。さらに、憲法一三条、一四条、九二条、三〇条違反の主張⁽⁷⁾、国際人権規約B規約二五条、二六条、二七条違反の主張も斥ける。被告らが定住外国人の地方参政権の行使を可能とするための立法措置を怠り、地方参政権を侵害したことを理由とす

る国家賠償についても、第一判昭和六〇年一月二二日（民集三九卷七号一五二頁）を援用し、「憲法が我が国に在留する外国人に対して地方参政権を保障していないこと、これらの者に地方参政権を付与する措置を講じるか否かは専ら立法政策に関わる事柄であり、立法機関の広範な裁量に委ねられる事項であること、この理は旧植民地出身者及びその子孫についても基本的に変わらなない」とし、「原告ら主張の立法不作為が国家賠償法上違法とは認められない」として棄却する。

C テクニクを支える思想

(1) 外国人の人権へのある程度のコミット

(a) マクリーン原則

〔12〕〈地選／英／行訴（簿）〉大阪地判平成五年六月二九日は、マクリーン事件最高裁判決を援用して、「基本的人権の保障は、権利の性質上、日本国民のみをその対象としているものを除き、日本国内に居住する外国人にも及ぶ」という。明確に援用しない場合もあるが、他の判決も同旨。

(b) 定住外国人と地方自治体との緊密な関係

同右〔12〕は、「確かに、日本国民と同じようにその地域社会の重要な構成員として、これを維持発展させるのに大きな貢献をしてきたと自負している定住外国人にとって、国益を巡って諸外国と利害が対立する場合に、日本の国家意思を確定し、これに基づき諸外国との外交を直接担当しなければならない国政、すなわち政府レベルの政治への参加はともかくとして、その行政機能の内容も地域住民生活の福祉を図ることを直接の目的とするものが多く、また、国政のそれと比べると政治的色彩も薄い地方公共団体の政治・行政についてさえ、これに参加する機会が与えられていない現実是不当にすぎるとの意見が出てくるのも一面もつともなことと考えられないではない」と

いう。〔14〕《地選／英／行訴(簿)》最三判平成七年二月二八日は、「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至つたと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもつて、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」という。このように、このテクニクは、定住外国人の地域生活における実態に言及する。

(c) 国民主権原理は、間接的に国の統治作用にかかわる場合、外国人の公務就任権を保障しないが、法律による付与を許容し、また、補佐的・補助的な事務、専門分野の学術的・技術的な事務等に從事することを許容する

〔15〕《公務／韓／国賠》東京地判平成八年五月一六日は、「統治作用は国政全般の多岐にわたるものであり、その権限は、法規により、国政における重要性等に応じて一定の基準をもつて各職層の公務員に配分されているものであるから、右の直接的に国の統治作用にかかわっているものと認められる場合だけでなく、公権力の行使あるいは公の意思の形成に参画することによつて間接的に国の統治作用にかかわっていると認められる場合についても、憲法は、外国人が右の職責を有する公務員に就任することを保障しない趣旨である」としつつ、「公権力の行使あるいは公の意思の形成に参画することによつて間接的に国の統治作用にかかわる職務に従事するにすぎない公務員については、主権者たる日本国民の意思の発動として、法律をもつて明示的に、日本国民でない者にもこうした権限を授与することは、何ら国民主権の原理に反するものではないから、憲法上禁止されているものでない」とし、

さらに、「公権力の行使あるいは公の意思の形成に参画することによつて直接的または間接的に我が国の統治作用にかかわる職務」「以外の職務、いうならば上司の命を受けて行ふ補佐的・補助的な事務、もつぱら専門分野の学術的・技術的な事務等に従事する地方公務員に就任することは許容されている」という。

(d) 外国に立法例あり

〔13〕〈地選／韓／行訴（無）・国賠〉 福井地判平成六年一〇月五日は、「スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、オランダ、アイルランド、スイス、スペインの各国もしくはその一部では、その地域に定住する外国人に対し当該地方議会の議員等の選挙権を現に付与していること、ドイツの一部の州では付与していたことがある」、「人と資本の国際的移動が活発になったことがそのような動きの背景にあるとはいえ、生活形態と地域への帰属性において地域の国民となんら変らず、納税義務を果たしている外国人が自らの快適な生活と地域の発展を願つて日常生活に密着した行政につき意思を反映したいと思うのは自然であることを認める（こ）とがこれらの立法政策の根底にあると思われる。前記の各国が選挙権を付与するに至つた事情はそれぞれに異なり、どのような外国人に對しどのような内容の選挙権を付与するかには各国の事情が反映しており、直ちに日本がこれを倣うべきであるとはいえないが、これらの諸外国の立法例の存在は、市町村レベルでの選挙権を一定の外国人に認めることは憲法の許容するところであるとの見解が十分に成り立ち、実施可能であることの実例ではあろう」という。⁽⁸⁾

(2) 外国人の人権制限への強いコミット

(a) 国民主権原理は、国の政治的意思決定及びその実施は日本国民に

よることを要請し、憲法一五条の「国民」は外国人を含まない

前掲〔12〕〈地選／英／行訴（簿）〉 大阪地判平成五年六月二九日は、「公務員を選定し、これを罷免する権利（参政権）は、他の基本的人権のように、人が人として生まれた以上、何人といえども当然にこれを保障されるものと

は、権利の性質を異にする」、「参政権は、それが成立するためには、まず国家の存在することがその前提として必要であり、右国家の政治に参加する権利（及び義務）は、その権利の性質からして、その国家を構成する者に当然帰属すべきものである。したがって、参政権を保障されるためには、その者が国家を構成する一員であることが必要といふべきであるが、現実には右国家を構成する者のうち、どの範囲の者にこれを与えるか、また、右権利を行使する形式をどのようなものにするかなど、右権利の具体的内容は、正に国家の基本法である憲法において決められるべき」とし、憲法一五条一項の「国民」について、日本国憲法前文は、「国民主権、平和主義、国際協調主義等の憲法の基本原理を明らかにしている。しかしながら、日本国憲法前文は、右の基本原理を明らかにしたにとどまり、そのことから、直ちに、地球上にいる人は、どこか一箇所で、自分の属する地域の政治に参加すべきであり、右の『どこか一箇所』とは、その人が定住している地域でなければならぬとの原則が導きだされるものではない」、「各国の立法の状況からみても、そのような原則が、国際的に一般に承認されているものとも認められない。したがって、右原則の存在することを前提として、憲法一五条の『国民』には、当然に日本国内における定住者が含まれることになる」との原告らの主張を採用することはできない」とする。また、「憲法一五条一項は、公務員を選定罷免することは、『国民』固有の権利であるとしているところ、これは「憲法の基本原理の一つである国民主権の原理に基づくものであるが、他方、憲法一〇条は、『日本国民たる要件は、法律でこれを定める。』と規定して、具体的にどの範囲の者を『国民』とするか、その要件については法律に委ねており、これを受けて、国籍法が日本国民たる要件を定めている」という。前掲⁽⁹⁾〔13〕〈地選／韓／行訴（無）・国賠〉福井地判平成六年一〇月五日は、「選挙権は、国家の存在を前提として初めて成立する権利であり、国家の機関の一員としての法的地位にある者、したがって、一定の資格を有する国民にのみ認められる国法上の基本権であり、権利の性質上当然に日本国民のみを対象としている」、「国家は国民によって構成される団体であり、主権が国民に存するという以上、その『国

『民』とは、国家の構成員としての国民、すなわち、日本国籍を有する者であることを当然の前提としているというべきであり、外国人を含まないことは明らか」とする。前掲〔14〕〈地選／英／行訴簿〉「最三判平成七年二月二八日は、憲法一五条一項の「規定は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が『日本国民』に存するものとする憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らか」だという。前掲〔15〕〈公務／韓／国賠〉東京地判平成八年五月一六日は、「国民主権の原理は、憲法前文及び一条において憲法の基本原理として採用されていることが明らかであり、その理念は、国家権力の正当性の究極の根拠が日本国民の意思に存し、日本国民が国の政治のありかたを最終的に決定することを用いう」とする。前掲〔16〕〈地選／韓／国賠〉名古屋高金沢支判平成八年六月二六日、〔17〕〈地選／韓・朝／行訴(当)・国賠〉大阪地判平成九年五月二八日も同旨。

(b) 地方公共団体の権限も究極的には国家の統治権に由来し、憲法九三条

二項の「住民」は、憲法一五条一項の「国民」を前提とする

前掲〔12〕〈地選／英／行訴(簿)〉大阪地判平成五年六月二九日は、「地方公共団体についての選挙権も、国民主権の原理に基づくもので、憲法一五条の『国民』が選挙する公務員には、地方公共団体の長等の地方公共団体の公務員も含まれていると解されること、地方公共団体も国から全く独立して存在するものではなく、地方公共団体の政治、行政は、国の政治、行政と互いに関連しており、地方公共団体が国の事務を処理することもあることからすると、憲法九三条二項所定の『住民』を、憲法一五条の『国民』とは別個の概念としてとらえるのは適切ではなく、これを統一的に理解すべきであり、結局、憲法九三条二項が『住民』の文言を使用しているのは、地方公共団体の公務員については、特にその地域に居住する者により直接選出されるものであることを明らかにするため」と

いう。前掲〔13〕〈地選／韓／行訴(無)・国賠〉福井地判平成六年一〇月五日は、「地方公共団体における選挙権も、国民主権原理に基づくものであつて、憲法一五条一項の国民が選挙する公務員には、地方公共団体の長等の地方公共団体の公務員も含まれていると解されるから、地方公共団体の公務員を選挙する『住民』と憲法一五条一項の『国民』とは同一の概念に基づく」、「地方公共団体は、国の統治体制の枠組の中で、一定の地域の公共事務を処理する自治機構として存在するのであつて、地方公共団体の行政が国政から超然として存在するものではなく、実際に地方の政治・行政と国の政治・行政は、相互に密接に関連し、地方における政治的意思決定は、国における政治的意思決定と不可分の関係にあり、地方公共団体が多くの国の事務を処理している関係にある。憲法九三条二項の『住民』は、憲法一五条一項の『国民』を当然の前提とした上で、全体の『国民』に対する部分としての『住民』と解するのが相当であり、憲法九三条二項が『国民』ではなく『住民』という文言を使用しているのは、地方公共団体の長等の公務員については、特にその地域に居住する者によつて直接選出されるものであることを明らかにするため」という。前掲〔14〕〈地選／英／行訴(簿)〉最三判平成七年二月二八日は、最大判昭和三五年一二月一四日(民集一四卷一四号三〇三七頁)、マクリーン事件最高裁判決を援用して、「国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることを併せ考えると、憲法九三条二項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるといふことはできない」という。前掲〔16〕〈地選／韓／国賠〉名古屋高金沢支判平成八年六月二六日、〔17〕〈地選／韓／朝／行訴(当)・国賠〉大阪地判平成九年五月二八日も同旨。前掲〔15〕〈公務／韓／国賠〉東京地判平成八年五月一六日は、「地方公務員は、地方自治体の住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務の処理に携わるものであり、また、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域

の地方公共団体と緊密な関係を持つに至ったと認められるものについては特段の考慮を払う余地があるとしても、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素をなし、地方公共団体の権限も究極的には国家の統治権に由来するものであり、また、国の事務が機関委任事務として地方公共団体によって行われていることが少なくない」という。

(c) 国際人権規約B規約二五条一項、二七条は、定住外国人に参政権を保障しない

前掲〔13〕〈地選／韓／行訴（無）・国賠〉福井地判平成六年一〇月五日は、選挙権の制限が、B規約二五条違反の主張について、「B規約二五条は世界人権宣言二一条に対応して設けられた規定であるところ、同条一項は、『自国の統治に参与する権利を有する。』と規定し、選挙権の行使が自国民の手によるものであることを明言しているものであって、B規約二五条が国籍を条件とすることを否定する趣旨で『すべての市民』という用語を使用したものではない」、「B規約二五条の『市民』に定住外国人を含むと解することはできず、本件各国籍条項はB規約二五条に違反するものではない」とする。また、B規約二七条「自体は、少数民族が居住する国の国籍を有するかどうかにかかわらず少数民族に属する者の固有の文化、宗教、言語を尊重しその権利を保障しようというものであって、定住外国人の存在とその選挙権についてはなんら言及しておらず、同条によって定住外国人の普通地方公共団体における選挙権を保障することが要請されているということとはできない」という。前掲〔17〕〈地選／韓・朝／行訴（当）・国賠〉大阪地判平成九年五月二八日も同旨。

(d) 国民主権原理は、重要な権限を直接的に行使する公務員を国民に限定する

前掲〔15〕〈公務／韓／国賠〉東京地判平成八年五月一六日は、「我が国は、国際社会の中で独立した国家であり、憲法及び法律によってつくられた枠組みの中で国民に対して広汎な支配を及ぼし、その担い手となる公務員の職務遂行を通じて右の統治作用が日々実現されているものであることに鑑みると、国民主権の原理は、単に公務員

の選定罷免を決定する場合のみに日本国民が関与することで足りるものではなく、我が国の統治作用が主権者と同質的な存在である国民によって行われることをも要請していると考えられるから、憲法は、我が国の統治作用にかかわる職務に従事する公務員が日本国民すなわち我が国の国籍を有する者によって充足されることを予定している」という。そして、「公務員の職務内容に即してみると、憲法は、統治のあり方として、憲法上国の統治作用の根本とされる立法、行政、司法の権限を行使し、主権者たる日本国民の意思が職務遂行の中に体现していると認められる重要な権限を直接的に行使する公務員、例えば国会の両議院の議員、内閣総理大臣その他の國務大臣、裁判官等については、日本国民であることを要するものとしていうべきであるから、法律をもって外国人がかかる地位に就くことを認めるのは、国民主権の原理に反して許されない」とする。

(3) 司法哲学

このテクニクは、「権利保障なし」テクニクよりも若干積極的な司法観が内在していよう。前掲〔17〕〈地選／韓・朝／行訴(当)・国賠〉大阪地判平成九年五月二八日は、地方参政権確認の訴えについて、「法律上の争訟に当たり、かつ確認の利益も認められる」とし、ある程度積極的な司法観を示している。

D テクニクをめぐって

(1) 地方選挙権

〔12〕〈地選／英／行訴(簿)〉大阪地判平成五年六月二九日は、立法裁量により権利付与が可能であることを極めて消極的に示唆するにとどまったが、〔13〕〈地選／韓／行訴(無)・国賠〉福井地判平成六年一〇月五日、〔14〕〈地選／英／行訴(簿)〉最三判平成七年二月二八日は、立法裁量により権利付与が可能であることを明確にした。このテクニクは、学説における「国政禁止・地方許容説」(一注(8)参照)に対応するものであり、同説は、当然、好

意的となろう。「全面禁止説」(一注(8)参照)は、「国会制定法の効力をも左右しうる存在として位置づけられる『住民』が、憲法上『日本国民』であることを要しないとする立論は、どう考えても整合的でない」、⁽¹⁰⁾「憲法が地方公共団体という制度を保障し、その組織・運営について法律によつて定めることとしている現行法制の下では、地方自治の正当性の根拠もやはり憲法にあるのであつて、憲法を離れて地方公共団体の存在を考えることはできないからであり、それゆえ、論理的には地方公共団体においても、やはり基本的には国民主権原理が貫かれるべき」と⁽¹¹⁾いうように、批判的となろう。他方、「全面要請説」(一注(8)参照)も、『地方自治の本旨』である住民の自治という考え方は、そもそも、自分たちのことは自分たちで決めるという民主主義の理念にもとづいている。このことは、地方自治のレヴェルでだけ保障されればよいというものではない。国政レヴェルにおいても、また、この理念は貫かれなければならない。『国民主権』の原理もまた、「自分たちのことは自分たちで決めるという民主主義の理念にもとづく」、「この意味においては、国政レヴェルも地方のレヴェルも、違いはない」、「地方自治体の自治権を国の統治権と完全に分離してとらえることは、理論的にいっても問題をはらんでいる。地方自治における住民の自治は、『国民主権』原理と無関係のものではなく、その地方自治レヴェルへの反映としてとらえられるべき」と⁽¹²⁾いうように批判的となろう。

前掲〔14〕(地選／英／行訴(簿))最三判平成七年二月二八日について、「権利性質説に立つ本判決は、最高裁の判決としては、国際社会の動向を踏まえた、たいへんリベラルな、評価すべきものであるが、けつきよく、立法政策としての参政権、すなわち、基本的人権には含まれない地方選挙権を容認する可能性を示すにとどまっている」、⁽¹³⁾「外国人は国政レベルの参政権は有しないという前提に立っているのであるが、なぜ外国人には地方選挙権だけしか認められないのか十分な説明が行われていない」、⁽¹⁴⁾「本判決は傍論的説示ではあるが最高裁が立法によつて永住者等の外国人に地方自治レベルの選挙権を付与することが憲法上禁止されているものではないとした点で」、「基本

的に許容説の見解に近い」、「ただ、許容説に近いとはいえ、最高裁が憲法九三条二項の『住民』概念を同一五条一項の『国民』概念から切り離して理解するという立場は採っていないこと、在留外国人の選挙権についてののみ判断したものであつて、被選挙権等の問題については沈黙している」⁽¹⁵⁾、「本判決の憲法判断は憲法構造上従来の国籍基準による国民主権論を前提に、外国人の地方選挙権は『保障』されていない。それ故、立法措置を講じなくとも違憲とならないとする。但し、憲法は地方選挙権について沈黙しているものの、地方自治（住民自治）保障条項を媒介とする立法措置は、『禁止』していないということに尽きる」、「従つて、従来論じられてきた『国民』あるいは『住民』に外国人を含むか否か、『一般法と特別法』との関係、あるいは『国民固有の権利』が最低限保障であるという解釈論とは全く関係なく、さしあたり、憲法の沈黙部分について、憲法の規範構造の限界内での立法裁量に委ねるというのである。そうであれば、委ねられた立法府はその権限と責任において、主権—国民—国籍の三極構造を観念的形式的にとらえることなく、この判決をあくまで『第一步』としつつ、再構成の道を歩むことにある」⁽¹⁶⁾等のコメントがある。

その他、不作為の違法確認訴訟（無名抗告訴訟）の適法性について肯定した前掲⁽¹³⁾（地選／韓／行訴（無）・国賠）福井地判平成六年一〇月五日について、『選挙人たる資格』の有無についての争訟は、抗告訴訟でなく民衆訴訟によるべきことが行政事件訴訟法五条の予定するところであり、名簿訴訟が民衆訴訟として設けられている。それゆえ、一般には本件のような抗告訴訟による訴えは不適法なものとなろう。しかしながら、行訴法五条の存在から、およそ選挙人たる資格に関する争訟がすべて主観訴訟となり得ないとはいえず、本件訴訟の適法性は法律上の利益の有無によつて判断されるべきである」、「原告らの平等選挙権を求める利益は、法律上の利益というべき」⁽¹⁷⁾というコメントがある。

(2) 公務就任権

〔15〕〈公務／韓／国賠〉東京地判平成八年五月一六日は、公務員の職務の内容から、① 国民主権原理から、重要な権限を直接的に行使する公務員は日本国民に限定される、② 間接的に国の統治作用にかかわる場合は、法律による付与が許容される、③ 補佐的・補助的な事務、専門分野の学術的・技術的な事務等に従事することは許容される、とした。

従来の通説である「消極説」（二注〔10〕参照）に近い立場は、本判決の「直接的参画と間接的参画の区分」の「妥当性は一応承認できるとしても、抽象的であるという批判は残る」、「また、その区分根拠が明らかでない」、この区分論を前提とする地方公務員法一三条、一九条の解釈について、「本判例の説く許容説は、間接的参画は、法律で『明示的に』認められる場合に限るという」、「しかるに、『国民』を前提とするような条文が存在しているにかかわらず、補佐的・補助的職務あるいは学術的・技術的職務はなぜ外国人にも許されるのであろうか。判決では地方公務員法の解釈上の特殊な構成という位置づけのようであるが、直接間接の参画とならぶ第三の区分とみることもできないではないであろう（この場合、法律が明文で禁止していなければ許容されるということであらうか）。不審の残る点である」、「公務就任権をめぐる問題」は、「在留外国人の本国も関係する」、「本判決は、法律で間接的参画が可能になるとする。が、それを本国が許容する保障はない。強く忠誠を求める国家は、日本での公務就任に対し制裁（例えば、国籍剥奪）を課すこともありうる。とすれば、日本が一方的に定める法律で公務就任を左右できるとするのは疑わしい。むしろ、条約、または条約に基づいた法律によるのが現在の国際社会の在り方に適合する解釈ではなかろうか」と批判する。^{〔18〕}

他方、外国人の公務就任権をより柔軟に、さらに、より積極的に公務就任の範囲を拡大しようとする立場（二注〔10〕参照）からは、①②について、「〈当然の法理〉なるものは、全然当然ではないばかりか、法的根拠のない古色

蒼然たる觀念を、憲法外から持込む『超憲法的ゴリ押し』にはかならない。このような反憲法的意思をまともに取扱うことさえ疑問¹⁹⁾、判決は、国民主権原理から、〈支配の正統性〉、さらに、〈国民による統治〉を取り出したが、『判決が暗黙の前提とする〈支配の正統性〉の問題は、決して小さな問題ではなく、国籍要件が容易に撤廃されないのは、外国人公務員の決定に服従を強いられることに抗する漠たる国民感情によるところも大きい。だが、被治者の服従根拠として〈国民による統治〉が要求されるのは、主に政治的指導・決断に関わる執政』の領域であつて、判決の想定する『統治作用』は広汎に過ぎる。狭義の行政』への服従根拠としては、執行機関としての遂行能力にこそ（とりわけ非権力的行政の場合）重点があるとみる余地がある。ましてや、住民生活に即応した活動への期待が大きい、地方公共団体の（しかも狭義の）行政においては、かかる水準での『決定』に地域住民が服従する内的な理由において、〈国民による統治〉の占める割合は極小化している²⁰⁾、判決は、『当然の法理』という文言自体には全く触れることなく、本来審査を求められていた政府のいう『当然の法理』が現行憲法構造上適合的に法治主義を補完しているか否かについての司法判断を回避したまま、最も伝統的な国民主権論、すなわち、国家主権—国民—国籍という強固なトライアングル論を踏襲し、『人権保障よりも統治の原則を優先している』、『客観的には、それは自治省の見解に忠実に従つたばかりか』、『従来の自治省の見解にそれこそ、補佐的・補助的解釈論を提供することにより、それへの『お墨付き』を与えた』、『当判決は、市町村や高知県、川崎市等をはじめとして近時急速に進んできた地方公務員への外国人の門戸拡大の動きが、国際化の流れに沿つて人権保障における法治主義原理に支えられて、地公法などに明文の禁止規定がないことを根拠にしつつ、我が国の在留外国人のこの国との緊密性をはじめとする在留実態をも踏まえながら、やがて『当然の法理』の見直しから、外国人基本法にむけた立法による制限緩和につながる可能性を見通しつつあるこの時、これらの動きに一貫して抗してきた政府見解に司法としてその裏付けを与えただけでなく、この門戸拡大の動きに対して『厳格な枠をはめた』²¹⁾等の批判がある。

注

(1) 日本で生まれ、日本の社会に本拠を置いて生活してきた韓国籍の「定住外国人」らが、平成二年九月二日登録の選挙人名簿に登録されていなかったため、選挙人名簿の縦覧期間内に、それぞれの選挙管理委員会に対し、選挙人名簿に登録することを求める異議の申出をしたが、申出が却下され、却下決定の取消しを求めて提訴した。

(2) 本判決は、公職選挙法二四条二項の規定による決定に不服がある異議申出人または関係人が、選挙人名簿の登録に関する訴訟を提起することができるとする同法二五条に関し、「異議の申出をすることができるとされている『選挙人』の要件としては、その者が現に選挙権を有していることまでの必要はなく、選挙権を有していると主張している者であれば足りる」という。

(3) 本判決は、「外国人の選挙権の有無という問題についてまで名簿訴訟によつて行うべきことが求められていると解することはできない」とするものの、「抗告訴訟の訴訟形態としていかなるものが許容されるかについて検討するに、登録されていないという状態では行政処分がなされたとはいえないので取消訴訟もしくは無効確認訴訟を求める余地はなく、申請行為を前提とする不作為の違法確認訴訟を提起できる場合でもない」、「選挙管理委員会は選挙人の有資格者については職権をもつて選挙人名簿に登録する行政処分をなすべきであるから、不登録に対しては、無名抗告訴訟として、行政庁に対し登録することを求める義務付け訴訟、あるいは登録義務確認訴訟もしくは登録しないことの違法確認訴訟を提起することが考えられるが、選挙人名簿への登録には法改正を要し、それについては立法府の判断を尊重する必要があるから、登録しないことの違法確認訴訟の限度で許容されると解するのが相当」という。

(4) 本判決は、憲法一三条違反の主張については、「選挙権が幸福追求権に内包されうるものとしても、幸福追求権が憲法第三章に規定される他の個人的人権と重なる場合には、その個人的人権の問題として論じるべきであつて、独自に幸福追求権の問題とする必要はない。選挙権については憲法一五条に個別規定が置かれ、それによつて保障されている」とし、憲法三〇条違反の主張については、「代表なきところに課税なし」という「理念が近代立憲民主主義確立のために重要な役割を果たしたことは否定できないものの、憲法三〇条から、直ちに、納税者には国籍を問わず選挙権が保障されなければならないとの結論を導くことはできない」という。

(5) 名簿訴訟の場合、専属管轄を有する地裁の判決に不服のある者は、控訴できないが最高裁に上告できる。

(6) 本判決は、「原告らは無名抗告訴訟として右の訴えを提起するものであるが、右の訴えは、抗告訴訟すなわち『公権力の行使に関する不服の訴訟』には当たらず、被告国との間で原告らの地方参政権という公法上の権利の存否の確認を求める公法上

の当事者訴訟（行政事件訴訟法四条の『公法上の法律関係に関する訴訟』と解すべきものである」とする。そして、「地方参政権、すなわち地方公共団体の長及び議会の議員の選挙権及び被選挙権は、これらの者を選出するための選挙における選挙人の地位及び当選人になれる資格であつて、それが現実に行使されるのは個々の選挙の際ではあるけれども、それ自体一定の具体的内容を持った個人的権利である」、「選挙人名簿の登録に関する不服については、市町村の選挙管理委員会に対する異議申出の制度（公選法二四条）があり、さらに、右異議申出に対する決定については、同選挙管理委員会を被告とする名簿訴訟の制度（同法二五条）が定められている」が、「我が国に在留する外国人については公選法の規定上は選挙人名簿への登録資格を有しないことが明確であり、同選挙管理委員会において公選法に基づいて選挙人名簿への登録をなしうる余地はない。したがつて、原告らの主張からすると、原告らとしては、これら公選法上の不服申立手続あるいは名簿訴訟において選挙人名簿への登録を求めるよりは、端的に、公選法や自治法上の各国籍条項の規定の合憲性を問題にし、被告との間でそれぞれの地方参政権の存在の確認を求める方が、より直観的、明快であつて、原告らの地方参政権の存否についての紛争を解決する適切な方法たり得る」という。

（7） 本判決は、地方参政権は、憲法三〇条に由来する納税者基本権を具体化するために不可欠の基本的人権であるとの主張について、「納税者基本権なるものがいかなる内容のものであり、どのような根拠に基づくものであるかも明らかでなく、納税の義務を負担することから当然に当該納税者の地方参政権が保障されるべきであると解することもできない」という。

（8） もつとも、〔12〕（地選／英／行訴〔簿〕）大阪地判平成五年六月二十九日は、「今日、国家レベルの選挙権を、一定期間の居住要件のみで、外国人に認めている国は存しない」、「地方自治体レベルの選挙権を、一定期間の居住要件のみで、外国人に認めている国としては、スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、オランダ、アイルランド等がある。これに対し、アメリカ合衆国、フランス、イタリア、ベルギー、ルクセンブルグ等では、地方自治体レベルの選挙権を外国人に認めていない。旧西ドイツでは、一部の州で、自治体レベルの選挙権をドイツ国籍を有しない外国人に認める立法がされたところ、一九九〇年一月三十一日、ドイツの連邦憲法裁判所は、右立法は、基本法に反し、無効であるとの判決をした。なお、ドイツは、国籍について、血統主義を採用している」とし、外国の立法例の消極性に言及する。

（9） 本判決は、「もちろん、法律である国籍法において、日本国民たる要件を全く自由に定めることができるものではなく、それは憲法の各条項及び基本原理と調和するものでなければならないが、現行の血統主義を基本とする国籍法には、憲法の各条項及び基本原理と調和しない点があると認めることはできない」という。

（10） 大石・前出二『消Ⅱ』（注（10）一七頁）。

（11） 初宿正典「外国人と憲法上の権利」法教一五二号五三頁（一九九三）。

- (12) 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『共生社会への地方参政権』一〇四頁（一九九五）。
- (13) 萩野・前出（注）（8）一六〇頁。
- (14) 後藤光男・別冊ジュリ一五四号一三頁（二〇〇〇）。
- (15) 宇都宮純一・ジュリ臨増一〇九一号二頁（一九九六）。
- (16) 岡崎勝彦「定住外国人の地方自治体における選挙権」法教一七七号四八頁（一九九五）。
- (17) 棟居快行・山口智・判地治一四九号九一頁（一九九六）。同コメントは、「ここでの問題は結局、選挙管理委員会の不作為ではなく、定住外国人に地方参政権を認めていないという『立法の不作為』なのであるが、直接に争われた選挙の不作為（不登録）は右立法の不作為の違憲違法を承継する限りで違法となる」という。他方、本判決が、「外国人の選挙権の有無という問題についてまで名簿訴訟によって行うべきことが求められていると解することはできない」とした点について、「公選法が名簿訴訟を規定して選挙人名簿の登録に関する争訟を迅速に解決しようとした趣旨に照らすと、選挙法令の規定により選挙人名簿への登録が妨げられている場合であっても、名簿訴訟の方法によって解決を図るべきであり、当該選挙法令の憲法適合性についても名簿訴訟の実質的内容に含ましめるべきとの立場に依拠して、『選挙人』の意義についても、自ら選挙権を有すると主張する者であれば足るとの考え方もあり得る」とし、この考え方に立つた（7）（地選／英／行訴（簿））大阪地判平成六年一月二八日に言及するコメントもある。白井成彦・訟月四一巻一一号五二頁（一九九五）。
- (18) 高橋正俊・ジュリ臨増一一一三号二頁（一九九七）。
- (19) 萩原・前出（注）（8）一八頁。
- (20) 石川健治・判例セレクト'96法教一九八号別冊一五頁（一九九七）。
- (21) 岡崎・前出（注）（5）四二、四四頁。

〔付記〕 本研究は、平成一一、一二、一三年度文部省科学研究費基盤研究C、二〇〇〇年度南山大学パツへ研究奨励金I-Aによる研究成果の一部である。